Digitized by Google

J. pract. Archiv
8 b/3

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36614139420019

<36614139420019

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für die

Civilistische Praxis.

Herausgegeben

von

Dr. J. C. Gensler,
Geh. Justizrath und Professor der Rechte zu Heidelberg.

Dr. C. J. A. Mittermaier,
Professor der Rechte zu Bonn.

Dr. C. W. Schweitzer,
Geh. Staatsrath zu Weimar.

Dritter Band,

in drei Heften,

nebst dem Inhaltsregister.

Heidelberg,
im Verlag der academischen Buchhandlung
von Mohr und Winter.
1820.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Vorrede.

Es fehlt uns nicht an von Außen gegebenen Beweggründen, dieſem beendigten dritten Band des Archivs für die civiliſtiſche Praxis auch einen vierten ſo nachfolgen zu laſſen, daß ſein drittes Heft um die Leipziger Oſtermeſſe 1821 ſich endiget, der ganze vierte Band aber für dieſes künftige Jahr berechnet iſt. Noch beſitzen wir einen Vorrath zweckmäßiger Beiträge, und die überall rege Geſetzgebung wird uns Gelegenheit genug geben, den vorzüglichen Mitzweck des Archivs, „Kunde zu ertheilen von den Ueberſchritten aus einer alten Zeit zu einer verbeſſerten Rechtspflege“, ferner zu verfolgen. Der Umfang aller bisher erſchienenen Hefte und Bände dieſer Zeitſchrift beweiſet wohl wenigſtens ſoviel, daß weder die Redaction, noch die Buchhandlung, eigennützig handelt. Es ſprechen dafür der oft engere Druck und die mehrmals überſchrittene Bogenzahl. Nicht jeder Beitrag kann allen gefallen; aber das Urtheil Einzelner iſt auch kein Beweis des wahren Werths, oder wirklichen Unwerths. Wir leben in einem Zeitalter, wo faſt Jeder über Alle ſich erhaben glaubt und den Inbegriff ſeines Wiſſens als die Summe der Rechtswiſſenſchaft deshalb betrachtet, weil ihm wenigſtens der Wille man-

Digitized by Google

gelt, das einzelne Gebiet zu verlaſſen, welches er für die ganze, von ihm als Selbſtgott beſeelte, Schöpfung hält.

Die Redaction vermag es nicht, jeden Beitrag ſofort nach deſſen Einlaufen abdrucken zu laſſen, auch können mancherlei Gründe eintreten, die Zeitfolge nicht zu beobachten. Von den Mitarbeitern werden ſich die mehreſten befriediget gefunden haben, und diejenigen, welche Unwillen äußerten, mögen bedenken, daß dieſe Zeitſchrift das Allgemeine im Auge hat, und nicht beſtimmt iſt, Privatwünſche zu befriedigen.

Heidelberg in dem Monat April 1820.

Gensler, Mittermaier, Schweitzer.

Digitized by Google

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Dritter Band. Erstes Heft.

I.

Ueber die heutige Anwendung der römischen Contraktslehre.

Von dem
Staatsrath von Batz zu Tübingen.

Von Verträgen und Contrakten im Allgemeinen.

A.) Nach römischem Recht.

Wenn die Weisheit und Consequenz der römischen Gesetzgebung sich bei irgend einem Gegenstande vorzüglich bewährt hat, so ist es in ihren Vorschriften über Verträge und Contrakte.

Ausgehend von dem Grundsatz: „daß der Verbindlichkeitsgrund der Verträge nicht in einem durch sie erworbenen vermeintlichen Eigenthumsrecht [1]), sondern allein in dem Bande liege, das durch gegenseitige Willenserklärung geknüpft [2]) und wieder aufgelößt wird [3]),“ war ihr jeder Vertrag heilig, der

1) S. meine Abhandlungen über versch. Gegenst. des natürlichen u. positiven Rechts Abh. X.

2) l. 3. l. 52. §. 4. D. de O. et A. l. 1. §. 3. de pact. l. 84. §. 1. de R. J.

3) §. 4. J. q. m. toll. obl. l. 80. D. de solut. l. 35. de R. J.

Digitized by Google

nicht gegen das natürliche und positive Recht, noch gegen die guten Sitten anstieß [4]).

Da sie aber nicht alle Verträge für gleich nothwendig und wichtig hielt; so hob sie insonderheit diejenigen aus, welche in der menschlichen Gesellschaft und unter Völkern am meisten vorkommen [5]), und jedem Staat unentbehrlich und nützlich sind. Sie gab denselben eigene, aus der Natur des Vertragsgeschäfts fließende Namen, mit zweckmäßigen rechtlichen Bestimmungen, und zog für jeden Vertrag eine genaue Gränzlinie, die nicht überschritten werden durfte, ohne daß derselbe unkräftig wurde, oder in einen andern ausartete [6]), wie z. B. der Kaufvertrag ohne Kaufschilling (pretium) nichtig war, und der Leihvertrag, wenn der Gebrauch der Sache für Geld geliehen wurde, die Natur des Miethvertrags annahm.

Von diesem gesetzlichen, über das naturrechtliche hingezogenen, Bande hießen die Verträge Contrakte, welche eine nach ihnen benannte Klage (actio) erzeugten [7]).

Der Grund ihrer Civilverbindlichkeit war das Vertragsgeschäft, oder die Verhandlung selbst [8]), was die Römer causa nannten [9]). Zwar glauben Cujacius [10]), Maranus [11])

---

4) l. 7. §. 7. l. 28. D. de pact. l. 6. 29. C. eod.

5) l. 5. D. de just. et jur. l. 1. §. 4. l. 7. §. 1. D. de pact. l. 1. in fin. D. de contr. emt.

6) l. 24. l. 26. §. 1. D. depos.

7) l. 7. §. 1. de pact. l. 2. D. de praescr. verb.

8) negotium, negotium civile l. 15. l. 19. D. de praescr. verb. l. 1. D. de aestimat. act. tractatus. l. 5. D. de pr. verb. l. 32. D. pro socio.

9) l. 7. §. 3. 4. D. de pact. Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa ... esse obligationem.

10) Observat. L. 2. c. 15.

11) in Paratitlis D. de pact. p. 98.

und Vinnius [12]): ein Contract sey ein Vertrag, der entweder einen eigenen Namen, oder eine causa habe, und nehmen letztere bei Contrakten ohne Namen an; doch fügt Vinnius bei [13]): die Obligation und Action sey nicht sowohl wegen des Namens, sondern wegen des Nutzens im Handel und Wandel, wie dies Donell [14]) weiter ausgeführt habe, festgesetzt worden. Allein nach meiner Ansicht hatten auch die contractus nominati eine causa, die ich in das gemeinnützige Geschäft setze, wovon es bei denselben sich handelt; und dafür scheinen mir selbst die Gesetze zu sprechen. „Wenn ich (heißt es in einem derselben) mit einem Goldschmied den Vertrag schließe, daß er gegen den Empfang einer Summe von 300 aus seinem Gold mir Ringe verfertige, und es entsteht die Frage, ob dies ein Kauf oder ein Miethcontrakt sey, so ist dieses nur ein Geschäft und zwar ein Kauf [15])." So wurde auch Zweifel erhoben, ob in dem Fall, wenn jemand eine Sache um einen bestimmten Preiß zum Verkauf giebt, eine Kauf- oder Miethklage, oder eine actio mandati statt finde? Das Gesetz löste den Zweifel, und gab hier eine eigene, nämlich die ästimatorische Klage, weil man ein bürgerliches Geschäft und zwar bona fide gemacht habe [16]).

Noch deutlicher spricht sich ein anderes Gesetz aus: „Bei den Kauf- Mieth- Gesellschafts- und Mandats-Contrakten ist die Einwilligung derer, welche Geschäfte machen (negotia gerunt) hinreichend [17])." Derselben Meinung ist der mit dem römischen Recht und dessen Geist so sehr vertrau-

---

12) in tract. de pactis c. 8. n. 2.

13) ibid. n. 3.

14) Libr. XII. Commentar. c. 9.

15) l. 2. §. 1. D. loc. cond.

16) l. 1. D. de aestimat.

17) l. 2. D. de O et A.

Digitized by Google

te, und für diese Wissenschaft leider zu früh gestorbene Hofacker [18]).

Diese vier Contrakte mit eigenem Namen bedurften also zu ihrem Rechtsbestand (Perfektion) nichts, als der gegenseitigen Einwilligung in das Geschäft, worüber contrahirt wurde. Die übrigen contractus nominati (so fern sie nicht blos bürgerlichen Rechts waren, meri juris civilis, wie die Verbal- und Litteral-Contrakte) waren nicht früher beendigt (perfekt), als wann der versprochene Gegenstand (Sache oder Faktum) gegeben, oder geleistet war. Die zu dem Versprechen gekommene Leistung begründete hier die Civilobligation — war causa obligationis. Vor derselben konnte noch jeder Theil von dem Vertrag abgehen und ihn ungeschehen machen. Daher hießen die Contrakte erster Art: Consensual- und die der zweiten: Realcontrakte. Bei letzteren wurde eine Sache zu einem bestimmten Gebrauch und zu einem gewissen Zweck entweder so gegeben, daß die Rückgabe derselben Sache (in specie) wie bei dem Leih-, Hinterlegungs- u. Pfand-Contrakt, oder nur eine Sache von der nämlichen Art und Güte (in genere), wie bei dem Darleben, erfolgte. Und dies waren Realcontrakte im eigentlichen und engeren Sinne.

Gieng aber die Absicht der Paciscenten dahin, sich für eine Sache eine andere, oder die Leistung eines Faktum zu verschaffen, so hießen diese Verträge Realcontrakte im weiteren Sinn, und, da sie keinen eigenen Namen hatten, contractus innominati. Sie waren also nichts anders, als bloße Verträge (pacta nuda), welche durch Gebung oder Leistung sich in Contrakte verwandelten.

Da aber beydes, die Consensual- und die Realcontrakte, mit und ohne Namen, naturrechtliche Verträge in römischer Form waren; so dringt sich hier die Frage auf: warum zur

---

18) in elem. jur. civ. Rom. §. 489.

19) l. 52. §. 1. D. de O. et A.

Digitized by Google

Verbindlichkeit der Realcontrakte außer dem Vertrag auch noch dessen Erfüllung von einer Seite erforderlich war? Schwerlich haben die scharfsinnigen Römer diesen Unterschied in Ansehung des Daseyns der Verbindlichkeit ohne hinreichenden Grund festgesetzt; doch in der Gesetzgebung selbst sucht man ihn vergeblich. Mir scheint er in der eigenen Beschaffenheit und Natur dieser Verträge zu liegen.

Fordert nämlich das vorhandene Bedürfniß beider oder eines der Paciscenten und deren Interesse, daß die Sache gleich mit dem Vertrag übergeben werde — was der Fall bei Realcontrakten ist —, so kann es ihr Wille nicht seyn, sich früher verbindlich zu machen. Die Darreichung der versprochenen Sache scheint hier nothwendige Bedingung zu seyn, um mit der Convention zu coincidiren. Denn ehe und bevor das entlehnte Geld, oder die geliehene Sache, oder das Pfand [20]), wirklich gegeben, oder der Gegenstand hinterlegt und empfangen ist, fehlt es an einem Grund der Verbindlichkeit. Der annehmende Theil ist vorher nichts schuldig, und der gebende hat vor erfolgter Leistung, als dem Haupterforderniß dieser Verträge, kein Recht.

Zwar werden die Consensualcontrakte auch durch das Bedürfniß und durch den Vortheil, den man davon erwartet, erzeugt; aber beide sollen nicht gerade im Augenblicke befriediget oder erreicht werden. Man kauft und miethet oft Sachen, mehr in Absicht, sie gewiß, als sogleich zu erhalten, oft geschieht es auch, weil man sie nicht leicht wieder so gut, oder so wohlfeil, zu bekommen glaubt. Hier interessirt es also beide Theile, daß keiner von dem Contrakt abgehe, und daß jeder schon durch die Abschließung wegen dessen Erfüllung gesichert sey.

---

20) Der Pfandvertrag oder die Hypothek ist kein Contract, und wurde diesem nachher nur in so fern gleich gesetzt, daß auch auf bloß hypothecirte Sachen, wie wenn sie wirklich übergeben worden wären, eine dingliche Klage von ursprünglich anderer Art ausgedehnt wurde.

Digitized by Google

Noch augenscheinlicher ist dies bei dem Mandats- und Gesellschafts-Contrakt, welche beyde etwas künftiges bezwecken, der eine fremde Geschäftsführung, der andere künftigen Gewinn. Daher liegt bei Consensual-Contrakten der Verbindlichkeitsgrund (causa) einzig und allein, in dem eine gewisse, aber nicht nothwendig gleich erfolgende, Leistung bezweckenden Vertragsgeschäft, wovon sie ihren Namen führen [21]). Das römische Recht folgte hier genau dem Vernunftrecht und der Natur dieser Verträge.

So sehr es aber auch auf die Unverletzlichkeit der letzteren Verträgen hielt, so wenig glaubt es doch allen gleiche Kraft und Wirkung im Staat beilegen zu können. Es sah sie zwar als Erwerbungsgründe von Rechten, und als Schutzwehr gegen civilrechtliche Angriffe, wovon es nur zum allgemeinen Besten wenige Ausnahmen machte [22]), an; allein die Kraft, auf die Erfüllung der Verträge zu klagen, oder sie durch Action vor Gericht geltend zu machen, gab es ihnen nur da, wo es nothwendig und nützlich war. Dies schien aber den Römern nicht der Fall zu seyn bei Verträgen, denen kein auf einen zu leistenden Gegenstand sich beziehendes Geschäft, (negotium) sondern ein bloßes Versprechen zum Grund lag.

Bei diesen Verträgen nämlich bestund das Interesse des Promissars gewöhnlich darin, daß der Promittent nicht gegen sein Versprechen handle, z. B. nicht aus dem früheren Contrakt

---

21) l. 1. §. 2. D. de rer. permut.

22) Daher konnten Kinder wegen Schulden, die sie noch in väterlicher Gewalt gemacht hatten, nicht belangt werden l. 1. l. 9. §. 2. l. 7. §. 6. D. ad Sc. Maced., deswegen konnte auch das weibliche Geschlecht nicht die Verbindlichkeit anderer übernehmen, und sich nicht für andere verbürgen l. 2. §. 1. ad Sc. Vellej., ja sogar, wenn es wegen Intercession bezahlt hatte, das Geld zurückfordern l. 8. §. 3. l. 31. D. l. 9. C. eod., was in dem ersten Fall bei den Schulden contrahirenden Kindern nicht statt fand, weil die naturrechtliche Schuld blieb l. 9. §. 5. l. 10. D. ad Sc. Maced.

Digitized by Google

etwas fordere, was er später versprochen hatte nicht zu verlangen (pactum de non petendo). Belangte ihn der Promittent dennoch aus dem Contrakt; so konnte er die Klage (actio) durch die exceptio pacti [23]) unkräftig machen, weil die natürliche Verbindlichkeit blieb [24]). — Wie aber, wenn der versprechende Theil den Vertrag ohne vorgängigen Contrakt verletzte? Nun hatte ja der Promissar keine Action, womit er sein Vertragsrecht behaupten konnte. — Dieser Einwurf wäre allerdings wichtig, wenn ein solcher Fall leicht vorkommen könnte. Allein jeder Vertrag ist entweder ein Contrakt mit oder ohne Namen, wenn ihm ein Geschäft zum Grund liegt, aus dem geklagt werden kann [25]); oder er bezieht sich auf einen schon vorhandenen Contrakt, modificirt denselben, ist gleichsam ein Bestandtheil von diesem [26]), und giebt der Contraktsklage eine andere Gestalt [27]) (format actionem); oder er ist bloßer Vertrag [28]) (pactum nudum), wobei kein Geschäft gemacht, keine Verhandlung gepflogen wird. Hier kann er aus den schon angeführten Gründen die Civilklage nur durch Exception entkräften [29]).

---

23) pr. und §. 3. J. de except.

24) sie hieß vinculum aequitatis l. 95. §. 4. D. de solut. vinculum naturale l. 59. D. de cond. iudeb.

25) l. 2. 3. 4. D. de praescr. verb. Nam cum deficiunt vulgaria utque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est — natura enim rerum inductum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.

26) l. 1. §. 6. D depos. Contractus enim legem ex conventione accipiunt.

27) l. 7. §. 1. D. de pact. Nuda pactio interdum format ipsum actionem l. 10. C. de jur. dot. Die näheren Bestimmungen dieses Satzes kommen noch unten vor.

28) l. 10. C. de pact.

29) l. 7. §. 4. D. de pact. Igitur nuda pactio obligationem (civilem) non parit, sed parit exceptionem. Pauli

Digitized by Google

War es aber nicht unbillig, daß Verträge, wodurch man sich erst für die Zukunft verbindlich machte, kein Klagerecht geben, keine Action erzeugten? Keineswegs. Die Römer giengen nämlich von den richtig scheinenden Sätzen aus: daß jeder Vertrag, um bürgerlich verbindlich zu seyn, einen Gegenstand oder ein Geschäft (causa) voraussetze, worüber man schon jetzt eins worden ist; daß Verträge, wo es an einer Vereinigung dieser Art fehlt, weder eine Civilobligation noch Action bewirken; daß man auch in der Regel nur Verträge schließt, um gegenwärtigen Bedürfnissen abzuhelfen, oder um schon jetzt beabsichtete Vortheile dadurch zu erreichen; daß hingegen in den meisten Fällen, wo man eine künftige Verbindlichkeit übernimmt, dies entweder für die Paciscenten kein Interesse hat, oder doch die Erfüllung des Versprechens zu der Zeit, wo sie erfolgen soll, durch die inzwischen veränderte Lage der Sachen dem Promittenden nachtheilig, wo nicht unmöglich wird.

Z. B. Jemand will von mir Geld entlehnen, ich erkläre, daß ich jetzt keines habe, verspreche aber, es ihm in einigen Wochen zu geben. Nach deren Verfluß kommt er und verlangt das Geld. Ich antworte, daß ich auch jetzt noch außer Stand sey, es ihm zu geben. Nun fragt sich's: kann er mich deshalb belangen, und der Richter zur Erfüllung des Versprechens mich nöthigen? Das römische Recht sagt nein; denn es ist kein Darlehen, sondern ein bloßes pactum de mutuo vorhanden. Meines Erachtens soll jede Gesetzgebung dies sagen, weil sich nicht annehmen läßt, daß der Promittent nicht Darleiher würde, wenn er es könnte, und weil es hart wäre, jemand zu zwingen, ein Versprechen zu halten, das allein in der Voraussetzung, es erfüllen zu können, gegeben und angenommen wurde.

Der Gesetzgeber macht nur das zur Regel, was am häufigsten geschieht; er kann sich selten auf Ausnahmen einlassen, die, als von besonderen Umständen abhängig, schwer voraus zu

---

recept. Sent. L. II. T. 14. Nudo pacto inter civ. Rom. actio non nascitur.

bestimmen sind. Uebrigens konnte ja derjenige, dem an Erfüllung eines solchen Vertrags sehr gelegen war, sich diese durch den Stipulationscontrakt sichern [30]), der hauptsächlich zu dem Ende eingeführt worden ist. Zuweilen traten auch da, wo das gemeine Beste oder die Billigkeit es verlangten, die Gesetze [31]), oder auch der Prätor, ins Mittel, und gaben aus bloßen Verträgen eine Action. Durch jene geschah es bei dem versprochenen Heirathgut [32]) und bei dem Schenkungsvertrag [33]); durch den Prätor aber bei dem Unterpfandsvertrag [34]) und bei dem erneuerten bloßen Versprechen einer schon vorhandenen Geldschuld [35]) (Constitut.).

Der römische Grundsatz: daß man aus bloßen Verträgen nicht klagen könne, hatte auch darin seinen großen Nutzen, daß er der dem Staat schädlichen Streitsucht, und manchen sonst unvermeidlichen Processen der Bürger begegnete — was auch einer der Hauptgründe zu dessen Festsetzung gewesen seyn mag.

---

30) l. 3. C. de rer. permut. Ex placito permutationis nulla re secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

31) l. 6. D. de pact. legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur. Letzteres geschah bei der actio injuriarum et furti, wenn der Injurirte oder Bestohlene das Verbrechen nachzulassen versprach. l. 7. §. 14. l. 17. §. 1. D. de pact. l. 17. §. 5. 6. D. de injur.

32) l. 6. C. de dot. promiss.

33) l. 35. §. 4. 5. C. de donat. Dieser Schenkungsvertrag erhielt bürgerlich verbindliche Kraft ad exempl. vend. §. 2. J. de don.

34) §. 7. J. de act.

35) §. 9. J. eod. l. 1. D. de pec. const. Hoc edicto Praetor favet naturali aequitati.

Digitized by Google

Woher kommt es aber, daß der Tausch, der wie der Kauf ein contractus juris gentium war [36]) und als ein unstreitig früherer Vertrag der menschlichen Gesellschaft einen naturrechtlichen Namen hatte, kein Consensual- sondern Real-Contrakt [37]) und unter die civilrechtlichen contractus innominatos gezählt ist? Ich erkläre mir's so. Vor nicht erfundenem Gelde, als allgemeinem Maasstab für den Werth jeder Sache, kannte man keinen Kaufvertrag, und mußte dem wechselseitigen Bedürfniß durch Vertauschung der entbehrlichen Sache gegen die nothwendige abhelfen [38]). Dies naturrechtliche Geschäft durch gegenseitige Auswechslung der Sachen um des Bedürfnisses willen, was schon ursprünglich ein Realvertrag war, beschränkte sich meistens auf einzelne Familien. Größere Gesellschaften und Völker konnten ihre Bedürfnisse im Verkehr nicht durch das mit vielen Schwierigkeiten verknüpfte Tauschmittel befriedigen, und wurden dadurch zu Auffindung einer Sache (des Geldes) genöthigt, die zu Anschaffung oder Eintauschung aller Sachen dienlich war, und die Befriedigung künftiger Bedürfnisse gleichsam verbürgte.

So entstund der Kaufvertrag, der seiner größeren Nützlichkeit wegen jenen beinahe entbehrlich gemacht hat. Er war schon als Vertrag mit eigenem Namen auch bürgerlich verbindlich oder Contrakt [39]). Der Tausch war es erst durch Uebergabe der eigenthümlichen Sache [40]); ungeachtet seiner Aehnlichkeit mit dem Kauf — da man durch ihn auch Eigenthum erwirbt —

---

36) l. 5. D. de just. et. jur. l. 1. pr. D. de contr. emt.; l. 15. D. de interd.

37) l. 1. §. 2. D. de rer. permut. Dies drückt Paulus in der angeführten l. 1. D. de contr. emt. kurz und bündig aus.

38) l. 1. §. 2. de rer. permut.

39) ebendas. u. §. 3. l. 3. C. eod.

40) l. 2 D. l. 2. C. eod. l. 15. D. ex quib. causs. in possess. und in der l. 62. D. de jur. dot. wird der Tausch quasi emtio genannt.

Digitized by Google

wurde er doch unter die unbenannten Contrakte gezählt, theils wegen des Anfangs seiner Verbindlichkeit, die, wie bei den übrigen Contrakten der Art, in der Uebergabe der Sache, oder dem geleisteten Faktum lag, theils weil er keinen Civilnamen [41]), und also auch keine eigenthümliche Klage, sondern wie jene die actio civilis praescriptis verbis bewirkte [42]). Diese wurde wahrscheinlich so genannt, weil der Prätor die Klagformel nach den Worten des Contrakts vorschrieb.

Eine andere wichtige Eintheilung der römischen Contrakte war die in contractus bonae fidei u. stricti juris. Sie bezog sich hauptsächlich auf die Gewalt des Richters und seiner Aussprüche, welche bei jenen Contrakten sich weiter erstreckte als bei diesen. Denn hier war der Richter (judex pedaneus) sowohl an die civilrechtliche Natur und die Worte des Contrakts, als an die von dem Prätor gegebene Klagformel gebunden; er durfte auf nichts weiter sprechen, als was diese enthielt [43]). Dort aber hatte er in seinen Erkenntnissen größeren Spielraum [44]). Dazu berechtigten ihn theils die Worte des Contrakts ex bona fide, ex aequo et bono, quod aequius melius [45]), oder in deren Ermanglung schon die Natur der Convention [46]), theils die von dem Prätor in dergleichen Aus-

41) l. 3. D. de praescr. verb. Sein naturrechtlicher Name kam nicht in Betracht.

42) l. 2. D. de praescr. verb. l. 5 §. 2. heißt sie civilis actio l. 5. §. 3. actio in factum civilis und l. 7. §. 2. D. de pact. civilis incerti actio, i. e. praescriptis verbis.

43) l. 99. D. de V. O.

44) l. 7. D. de negot. gest.

45) Cicero L. 3. de offic. c. 15. et in Topic. c. 17. In omnibus igitur judiciis, in quibus ex fide bona est additum: ut inter bonos bene agi oportet — parati esse debent jurisconsulti.

46) l. 4. C. de O. et A. l. 31. D. depos. Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.

drücken verfaßte Action, womit derselbe die Parthie an den Richter (arbiter [47])) verwies. Und dieser war nun schuldig, darauf zu sprechen, was ein Theil dem andern neben der Vertragsbestimmung noch ex aequo et bono zu leisten hatte [48]).

Ungeachtet die verschiedenen Formeln, welche der Prätor bei Ertheilung der gesetzlichen Actionen gebrauchte, zum Unterscheidungszeichen der strengrechtlichen (stricti juris) und Billigkeits-Contracte (b. fidei) dienten; so waren sie doch nicht Entstehungsgrund derselben. Dieser lag zunächst in dem Gesetz [49]) und dann in der Natur der Rechtsgeschäfte selbst [50]). Diejenigen nämlich, welche sehr häufig vorkommen, und bei dem steten Verkehr der Menschen von so großem Nutzen waren, daß man, um nicht in Schaden zu kommen, dabei mehr auf die Loyalität (bona fides) der Pactscenten zählen mußte, als daß man alles umständlich und genau vorher hätte ausmachen, und die Verbindlichkeit auf die wörtliche Zusage beschränken können, erklärte das römische Gesetz für contractus bonae fidei.

---

l. 29. §. 4. D. mandat. — de bona fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne? l. 13. D. de relig.

47) l. 24. D. dep. Et est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio.

48) l. 2. §. 3. l. 5. D. de O. et A. §. 30. J. de act.

49) §. 28. J. de act. Vinnius in seinem Commentar der Institutionen zu diesem §. pag. 352 b.

50) Cic. de offic. L. 3. c. 17. Quint. Scaevola summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona: fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, mandatis, quibus vitae societas continctur: in his magni esse judicis statuere, praesertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quamque cuique praestare oporteret.

Digitized by Google

Hierunter gehörten alle Contrakte, welche für jeden Contrahenten eine besondere Verbindlichkeit und Klage, entweder zwei direkte Obligationen und Actionen, oder eine direkte und eine auf Schadloshaltung (actio contraria) erzeugten.

Die übrigen Contrakte, deren Actionen in dem angeführten bekannten Gesetz des Justinian weder genannt, noch unter dieser Kathegorie enthalten sind, wie z. B. die actio funeraria [51]), sind contractus stricti juris. Bei Klagen aus diesen durfte der Richter nur auf das sprechen, was der bloße Civilcontrakt mit sich brachte, und was die prätorische Klagformel enthielt [52]). Doch war diejenige bona fides, welche jedes Rechtsgeschäft fordert, keineswegs ausgeschlossen [53]). Nur fand kein richterliches Ermessen derselben statt. Verträge der Art waren z. B. das Darlehen, die Stipulation, die Schenkung [54]). Sehr weislich wurden diese, weil sie nur eine einseitige Verbindlichkeit begründeten, auch weniger gemeinnützig und bloße Civilcontrakte waren, auf die ausdrückliche Vertragsbestimmung beschränkt, und keine ausdehnende Erklärung dabei zugelassen.

---

51) Vinnius ad §. 28. n 5. l. 14. §. 13. D. de relig. — et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestionem actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis (funerariae) natura indulgeat.

52) l. 99. D. de V. O.

53) l. 3. D. de reb. cred. Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis reddatur, non licet debitori deteriorem rem ex eodem genere reddere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto (expresso) habendum est, id autem intelligitur, ut eodem bonitate solvatur, quo datum sit.

54) l. 22. D. de donat. Eum qui donationis causa pecuniam vel quid alius promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est: cum in b. f. contractibus donatio non deputetur.

Digitized by Google

Schön und musterhaft entwickelt die bona fides bei dem Hinterlegungscontrakt durch einzelne Beispiele Tryphonin [55]). Er sagt: „die bona fides, welche bei Contrakten gefordert „wird, verlangt die höchste Billigkeit [56]). Soll man sie aber „nach dem bloßen jus gentium, oder in Verbindung mit dem „bürgerlichen und prätorischen Recht bemessen? Z. B. ein „Hauptverbrecher hat mir 100 in Verwahrung gegeben, er wird „deportirt und sein Vermögen eingezogen. Soll ich ihm nun „die 100 zurückgeben, oder sie in die Staatskasse bringen? „Beachtet man nur das natürliche Recht und das jus gen„tium [57]), so muß man sie dem zurückstellen, der sie gab; „nimmt man aber auf das bürgerliche Recht und die gesetzliche „Ordnung Rücksicht, so gehören sie dem Staat. Denn ein „Staatsverbrecher soll, andern zum schrecklichen Exempel, auch „Noth leiden. Dann frägt sich weiter, ob die bona fides nur „bei den Contrahenten ohne Rücksicht auf einen Dritten, oder „auch hinsichtlich anderer, denen die Contraktsache gehört, in „Anschlag komme? Z. B. soll Sejus das, was ein Straßen„räuber mir nahm, und bei ihm, dem das Verbrechen unbe„kannt ist, hinterlegte, es mir oder dem Räuber zurückgeben? „Wenn man den Geber und Empfänger allein betrachtet, so „erfordert die bona fides, daß der Geber die anvertraute Sache „zurückempfängt; erwägt man aber die Billigkeit im Ganzen, „die nämlich allen, welche diese Handlung betrifft, wiederfah„ren soll, so muß man den Raub mir, an dem er verübt wor„den, zustellen. — Ich halte für wahre Gerechtigkeit „die, welche jedem das, was er haben soll, so zu-

55) l. 31. D. depos.

56) Nicht die gewöhnliche, welche überall statt finden soll l. 90. D. de R. J. Marani Op. p. 568.

57) Hier trennt Tryphonin das natürliche von dem Völkerrecht und scheint unter ersterm das Vernunftrecht überhaupt, und unter dem zweiten das hypothetische Naturrecht zu verstehen. s. Cic. de offic. L. 3. c. 17.

Digitized by Google

„eignet, daß es ihm nicht durch eine gerechtere „Zurückforderung irgend einer Person entzogen „werden kann. — Verlange ich das mir Geraubte nicht, „so muß man es dem Räuber, unerachtet er eine schlechte Er„werbung deponirt hat, dennoch zurückgeben. Wenn übrigens „derselbe einen Sohn oder Sklaven, ohne ihr persönliches Ver„hältniß zu wissen, beraubt, und den Raub bei dem hierüber „gleichfalls in Unwissenheit schwebenden Vater oder Herrn hin„terlegt, so ist dies selbst nach dem jure gentium (Vernunft„recht) kein depositum. Denn dieses kann nur bestehen, wenn „ein anderer als der Eigenthümer die Sache als eine fremde „zur Verwahrung erhält. Eben so wird auch, wenn der Dieb „die mir ohne mein Wissen gestohlne Sache bei mir hinterlegt, „kein Depositum contrahirt; weil die bona fides nicht gestat„tet, den Eigenthümer zu zwingen, seine Sache dem Dieb zu„rückzugeben. Vielmehr kann jener, wenn er sie in der Un„wissenheit diesem herausgab, dieselbe mit der condictio in„debiti zurückfordern.“

Verschiedene Wirkung hatten aber bloße Verträge, je nachdem sie den Contrakten der Billigkeit oder des strengen Rechts angehängt wurden. Geschah es bei ersteren noch vor beendigtem Contrakt, so modificirte der Vertrag die Contraktsklage, er mochte nun beschränkende oder erweiternde Bestimmungen des Contrakts enthalten. Geschah es aber nachher, doch noch vor Uebergabe der schuldigen Sache, so hatte der Vertrag eine gleiche Wirkung in dem Fall, wenn er die Contraktsverbindlichkeit minderte (cum contractui aliquid detrahit) [58]). Bei strengrechtlichen Contrakten bewirkten

58) Die l. 7. §. 5. 6. D. de pact. setzt dies klar auseinander l. 72. D. de contr. emt. Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur, quae vero adjiciunt credimus non inesse. Die Verträge erster Art modificirten nicht nur die Action des Klägers, sondern sie steuten den Beklagten auch ohne die ex-

Digitized by Google

die Verträge ein gleiches, wenn sie der Stipulation und den unbenannten Contrakten, die keine bestimmte gesetzliche Form hatten [59]), sogleich, d. h. bei Abschließung des Contrakts, angehängt wurden. Alle übrige, den Contrakten beiderlei Art auf andere Weise angehängte Verträge, erzeugten nur eine Exception [60]).

Die Weisheit der römischen Gesetzgebung verbirgt sich auch hier nicht. Sie sorgte erstlich dafür, daß kein Bürger den andern bei Rechtsgeschäften, die ihrer Natur nach Loyalität (bonam fidem) der Contrahenten voraussetzen, durch zweideutige und künstliche Wendungen, oder auf andere unerlaubte Art, überliste und vervortheile. Sie verordnete, daß es dabei nicht sowohl auf das, was man gesagt, als was man gewollt habe, ankomme [61]), daß alles, was in der Natur des Contrakts liege, sich von selbst verstehe und stillschweigend bedungen sey, und daß hier das Richteramt eben die Kraft haben solle, als die verbindliche Worte bei der Stipulation [62]). Sie machte daher diese Rechtsgeschäfte von keinen äußeren Förmlichkeiten

---

ceptio pacti ganz sicher, und dies will der Satz sagen, daß dieser in dem judicio bonae fidei schon enthalten, und von dem Richter, wenn auch der Beklagte nicht excipirt habe, zu berücksichtigen sey l. 3. D. de resc. vend. Kurz und bündig äußert sich hierüber Cujaz in obs. L. 11. c. 28. Die Verträge der zweiten Art nutzen nach Ulpian dem Kläger nichts, „damit nicht aus dem Vertrag eine Klage entstehe" l. 7. §. 5. de pact.

59) Daher sagt die l. 48. D. de pact. in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.

60) l. 7. §. 4. D. de pact. Igitur nuda pactio parit exceptionem.

61) l. 219. D. de V. S. l. 6. §. 1. D. de contr. emt.

62) l. 7. D. de neg. gest. Quia tantumdem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

Digitized by Google

abhängig; oder wenn sie auch früher dergleichen erforderte, so geschah es mehr wegen der Wichtigkeit des Vertragsgegenstands, als um die Contrahenten dadurch zu fesseln.

Dann aber stellte sie den Bürger auch gegen den Richter sicher, indem sie ihm befahl, nicht bloß nach den Worten und Buchstaben des Contraktes, sondern auch darnach zu sprechen, was einer dem andern aus Gründen der Billigkeit zu leisten habe. Und eben so weise verordnete sie das Gegentheil bei Contrakten, die theils durch sich selbst, theils durch die Gesetze so genau bestimmt waren, daß es überflüssig und für die Contrahenten selbst nachtheilig gewesen wäre, ihnen oder dem Richter zu gestatten, die Verbindlichkeit über die ausdrückliche Vertragsbestimmung hinaus zu erstrecken (stricti juris). Dem Unredlichen nützte also seine Arglist nicht viel; denn bei Contrakten des strengen Rechts mit eigenem Namen verdammte ihn sein mündlich- oder schriftliches Wort, und bei Contrakten der Billigkeit stellten sich ihm die diesen anklebende Eigenschaft der bona fides und der darnach zu sprechen verpflichtete Richter entgegen. Bei unbenannten Contrakten suchten die Gesetze, wie es mir scheint, der Ueberlistung und Vervortheilung dadurch Einhalt zu thun, daß sie den Contrahenten durch die Befugniß: sich den Vertrag reuen zu lassen, und davon abzugehen, Zeit genug gaben, um zu überlegen, ob und inwieferne er ihnen nachtheilig seyn könne.

Diese Zeit dauerte nämlich so lange, bis der andere Theil sein Versprechen auch erfüllt hatte [63]). Meine Meinung weicht zwar hier von den meisten, besonders neueren, Rechtslehrern ab, welche behaupten, daß nach der Leistung der Sache von einem Theil die Befugniß, vom Vertrag abzugehen, oder die Zeit der Reue, selbst nach römischem Recht aufhöre; allein die Gründe

63) l. 1. §. 2. D. de rer. perm. Permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Mit der Uebergabe fieng die Verbindlichkeit des andern Theils an. Man sehe l. 5. D. caus. dat. caus. non sec.

derselben haben mich nicht überzeugt. Doch ich behalte mir die Entwicklung dieser rein theoretischen Frage auf eine andere Zeit vor.

B.) Nach teutschem Recht.

In Teutschland aber ist, gegen das römische Recht, allgemein angenommen: daß aus jedem gültigen Vertrag eine Action entstehe, und vor Gericht geklagt werden könne. Diese, durch spätere Particular-Gesetze bestätigte, teutsche Gewohnheit will man daraus erklären: daß unserer Nation ihr Wort [64]) und alle Verträge, die nicht wider die äußere Ehrbarkeit und Sittlichkeit anstießen, so heilig gewesen seyen, daß sie hierin mehr dem natürlichen Recht gefolgt, und bei Annahme des römischen auf jenem Grundsatz: „jeder nicht erfüllte Vertrag gewähre ein Klagrecht", fest gehalten, folglich den Unterschied zwischen bloßen Verträgen und Contracten verworfen habe [65]).

Auch konnte sie diesen Grundsatz um so eher durchsetzen, weil das früher recipirte kanonische Recht sich hierin mehr der teutschen Gewohnheit als den römischen Gesetzen anschloß [66]).

Man muß jedoch nicht vergessen, daß den Römern die Verträge eben so heilig waren [67]), wie den Teutschen; daß sie aber, durch sichere Erfahrung geleitet, es dem Wohl der Bürger nicht zuträglich fanden, wenn jedem frei stünde, aus Verträgen aller Art mit Klagen aufzutreten. Man muß ferner bedenken, daß Teutschland zur Zeit der eingeführten fremden Rechte weder bestimmte Gesetze noch Proceßordnungen hatte, daß auch bei einem biederen Volk von einfachen Sitten und

---

64) Tacit. de Mor. Germ. c. 24. und die Parömien: ein Wort ein Wort ein Mann ein Mann: Zusagen macht Schuld. Hert. paroem. jur. L. 1. par. 8.

65) Schilteri Exercit. ad Pand. VIII. §. 5.

66) c. 1. 3. X. de pact.

67) Unter dem König Numa Pompilius galt die Vertragstreue für Eid und Zeugniß. Dionys. v. Halicarnaß L. 2.

Digitized by Google

wenig Kultur, wie damals das teutsche war, Rechtsstreite seltener sind, und, wenn sie vorkommen, durch Vergleich, oder nach Gewohnheitsrecht, mündlich und summarisch geschlichtet und entschieden wurden [68]).

Mit einem Worte: das Studium der Geschichte und des Systems des römischen Rechts lag zu lange und zu sehr brach, um einzusehen, wie gesunde Philosophie und wahre Staatsklugheit die Römer veranlaßten, die Verträge sorgfältig zu sichten, und, ohne Verletzung des Grundsatzes ihrer Heiligkeit, sie nach ihrer Wichtigkeit in der bürgerlichen Gesellschaft zu klassifiziren, diese Wichtigkeit aber zum Maasstab zu nehmen, wornach einigen neben ihrer natürlichen Verbindlichkeit auch eine bürgerliche und ein Klagrecht beigelegt, andere aber auf erstere jedoch mit der gesetzlichen Wirksamkeit beschränkt wurden, daß der Contrakt und die Actio nie das spätere natürliche Vertragsrecht aufheben, daß vielmehr dieses als Exception und Schutzwehr gegen die zwar civilrechtliche aber unbillige Klage gebraucht, und letztere dadurch unkräftig gemacht werden konnte.

Als man aber mit jenem Studium neuerer Zeit zu dieser Einsicht gelangte, hatte der teutsche Grundsatz: jeder Vertrag erzeuge ein Klagrecht, schon so tiefe Wurzeln gefaßt, und gilt nun für so allgemein wahr, daß man es kaum wagen darf, hierüber eine andere Ansicht zu haben.

Der Römer faßte, wie es mir scheint, die Lehre von den Verträgen gleich auf der praktischen und gemeinnützigen Seite; der Teutsche hingegen blieb bei dem Grundsatz ihrer allgemeinen Verbindlichkeit stehen, führte diesen, ohne sie einzeln nach ihrer eigenen Natur und größeren Nützlichkeit durch gesetzliche Form auszuscheiden, bei den Gerichten gerade Wegs ein, und öffnete dadurch, zum Nachtheil seiner Mitbürger, der Streit- und Prozeßsucht Thüre und Angel.

---

68) Daher wurde auch die Klage aus einem bloßen Vertrag actio oder condictio ex moribus genannt.

Daraus entstund eine unwillkührliche Inkonsequenz. Man fand nämlich die römischen Bestimmungen bei den meisten Verträgen, mit Ausnahme der Verbal- und Litteral-Contrakte, so vernünftig und allgemein anwendbar, daß man jene annahm, dagegen aber die eigene Contraktsform, worauf sie beruhen, verwarf. Man folgte z. B. bei den Realcontrakten dem Rechtssatz: daß sie nur nach Uebergabe der Sache vollendet sind, daß also vor wirklicher Hinterlegung der Sache der Contrakt nicht bestehe, noch die actio depositi statt finde. Aber man nahm zugleich nach dem teutschen Princip an, daß schon das Versprechen, zu hinterlegen, zu leihen, zu verpfänden, verbindlich sey und ein Klagrecht bewirke. Man mußte ferner nach diesem Grundsatz bei den unbenannten (synallagmatischen) Contrakten deren Rechtsverbindlichkeit noch vor Erfüllung des Versprechens von einer Seite, oder vor Uebergabe der Sache behaupten, da doch schon nach ihrer Natur der, welcher etwas geben oder thun soll, sich nicht eher verpflichten will, als bis der andere das gegeben oder gethan hat, woraus seine Leistungs-Verbindlichkeit hervorgeht. Dem praktischen Stryk [69]) entgieng diese Inkonsequenz nicht, und er suchte ihr durch ein besonderes Interesse des anderen an Erfüllung des Vertrags zu begegnen, in dessen Ermanglung jeder Contrakt die Reue zulasse [70]). Allein gerade, weil es bei einseitigen und wohlthätigen Verträgen an diesem Interesse gewöhnlich fehlt, so legten die Römer dem bloßen Versprechen keine Verbindlichkeit bei. Man fühlt auch schon den großen Unterschied zwischen dergleichen bloßen Verträgen und zwischen Realcontrakten, noch ehe man den wenigen Nutzen und die Entbehrlichkeit der ersten aus Erfahrung lernt. Daher begründet noch jetzt das bloße Pfandversprechen

69) in Usu moderno p. 276.

70) ebendas. quum exceptio, tua non interest, omnem agentem repellat.

kein Pfandrecht, wenn nicht mit dem Vertrag zugleich die Sache verpfändet wird [71]).

Und dennoch muß man nach dem teutschen Prinzip die Verpflichtung aus allen Verträgen künftiger Leistungen (pactis de futuro) behaupten [72]), ungeachtet sie in der Regel wenig oder kein Interesse gewähren, und ihre Erfüllung so sehr von Zeit und Umständen abhängt, daß die Erzeugung derselben meistens ungerecht ist, daß auch, wenn irgendwo, gewiß hier die clausula: rebus sic stantibus am rechten Ort steht.

So halten nicht weniger manche einen Vertrag in unbestimmten Ausdrücken, oder ein Versprechen nach Möglichkeit, oder nach Gelegenheit, für verbindlich. Das Preußische Gesetzbuch [73]) verordnet sogar: „Ist aber die Verbindlichkeit „an sich bloß durch Vertrag erst begründet worden, und an „diesem die Erfüllung in dergleichen unbestimmten Ausdrücken „versprochen; so hängt die Zeit derselben von der Bestimmung „des Verpflichteten lediglich ab. In diesem letzteren Fall, in„gleichen wenn die Zeit der Erfüllung der Willkühr des Ver„pflichteten ausdrücklich überlassen ist, findet die Anstellung ei„ner Klage darauf erst nach dem Tode des Verpflichteten statt."

Dagegen nimmt das römische Recht keine Verbindlichkeit da an, wo die Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten anheim gestellt ist, aus dem einleuchtenden Grund, weil dieser bis an sein Lebensende diese Erfüllung nicht wollen, oder doch die Nichterfüllung mit seiner Lage entschuldigen kann. Nach

---

71) Happrecht Resp. 92. n. 202. folg. Hofacker princ. jur. civ. T. II. §. 1175.

72) Dies nahm auch der sonst so hellsehende aber dem römischen Recht abholde Thomasius in not. ad Pand. L. 11. T. 14. an.

73) I. Th. Vter Tit. §. 237. 238.

74) l. 8. D. de O. et A. l. 108. §. 1. D. de V. O. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit.

Digitized by Google

seinem Tode aber findet die Anstellung einer Klage aus einem solchen Versprechen um so weniger statt, da sie gegen den Lebenden unwirksam war, es also auch gegen die Erben seyn muß, auf die keine andere Verbindlichkeit übergeht, als die der Erblasser hatte, nämlich eine Verbindlichkeit, mit der Befugniß die Zeit ihrer Erfüllung selbst zu bestimmen.

So wenig sich also darthun läßt, daß die römischen Contrakte heut zu Tag nur als Verträge in Betracht kommen, und darum entbehrlich seyen, weil letztere ohne Unterschied ein Klagrecht bewirken, so unrichtig ist es auch, die Eintheilung der Klagen in actiones b. f. und stricti juris deßwegen für überflüssig zu halten, weil jetzt alle Verträge bonae fidei, folglich die daraus entstehenden Klagen es auch seyen. Denn dieser Behauptung liegt der falsche Satz zum Grund: als hätten die actiones b. f. ihre Eigenschaft von den prätorischen Formeln ex bona fide, ex bono et aequo etc. erhalten [75]). Nur die Benennung, nicht jene Eigenschaft, verdanken diese Klage der Formel. Die bona fides lag schon in der Natur des Contrakts, der ein billiges Recht begründete, und nach der Billigkeit interpretirt werden mußte.

Jene prätorische Formel war die Wirkung und nicht die Ursache der bona fides. — Auch will man die Aufhebung dieses Unterschieds von Actionen mit dem jüngsten Reichsabschied von 1654 §. 179. beweisen, welcher das Darlehen als Contrakt des strengen Rechts in einen Contrakt der Billigkeit (bonae fidei) verwandelt habe. Allein dieser Paragraph, und vorzüglich der §. 139. des Reichsdeputations-Abschieds von 1600, wollten von dem Darleiher bloß den Schaden aus dem Zahlungsverzug des Schuldners abwenden, und erlaubten ihm

75) Hievon gieng J. H. Boehmer aus in doctr. de Act. T. 1. c. 3. §. 49. und glaubte, daß mit Aufhebung des Formularrechts auch die Eintheilung der Klagen in act. b. f. und stricti juris aufgehoben sey. Dies schrieb und lehrte man blindlings ihm nach.

Digitized by Google

entweder Verzugszinse oder sein ganzes Interesse zu fordern. Letzterer fordert nämlich:

„daß in contractibus mutui, um die Partheien in puncto liquidationis an dem kaiserlichen Kammergericht des „langweiligen Prozesses zu entheben, der Schuldner, wenn „er in mora restituendi pecuniam mutuam ist, seinen „Gläubiger von derselben Zeit an (der Vermuthung halber, daß der Gläubiger sein Geld von solcher Zeit an „anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten von 100 „fünf wohl haben möge) das Interesse zu entrichten und „gut zu machen schuldig sey, — oder aber, da dem Creditor solche fünf Gulden (statt des Interesse a tempore „morae) nicht annehmlich, sondern es vermögen wollte, „tam ex mora cessante quàm damno emergente „ein mehreres zu fordern, daß ihm alsdann sein ganzes „Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren, und zu „bescheinigen, und der richterlichen Erkenntniß darüber zu „gewarten, unbenommen seyn soll."

Wenn auch der Schuldner aus den gesetzlichen Gründen seinem Gläubiger, dem er das Capital zur bestimmten Zeit nicht zurückzahlt, den Schaden aus seiner Saumseligkeit zu vergüten, oder das Interesse mit 5 Procent zu leisten hat, falls dem Gläubiger daran genügte; so folgt doch hieraus keineswegs die Umschaffung des Darlehens in einen Contrakt der Billigkeit (b. f.) sondern höchstens eine Gleichstellung jenes mit diesem in Ansehung der Verzugszinsen, ohne daß übrigens die strengrechtliche Natur des contractus mutui aufgehoben worden wäre. Ja genau genommen verordnet das Gesetz nicht einmal eine völlige Gleichstellung, da es die Annahme der Verzugszinsen von 5 Procent, womit sonst bei contractibus b. f. der Gläubiger zufrieden seyn muß, diesem nicht zur Pflicht macht, sondern ihm (nachdem es den Ersatz seines Interesse mit wenigstens 5 vom Hundert nach der Analogie der Zinsen für billig erachtet hatte) dennoch erlaubt, sein Interesse, wenn er mehr fordern zu können glaubte, weiter zu deduciren und zu liquidiren.

Digitized by Google

Der Darleiher darf daher sein Interesse ex mora zu 5 Procent, oder auch höher anschlagen, und der Richter ist schuldig, wenn jener den höheren Anschlag beweisen und liquidiren kann, darauf zu sprechen. Dies findet auch statt, der Darleiher mag sich nun die Heimzahlung des Capitals nebst Zinsen zu einer gewissen Zeit bedungen, oder dasselbe auf bloße Aufkündigung verzinslich geliehen, und der Schuldner in einem oder dem andern Fall nicht bezahlt haben, wo dann das Interesse des Gläubigers ex mora des Schuldners entweder mit denselben Zinsen, oder nach einem höheren Anschlag eintritt.

Man wende nicht ein: der §. 174. des Reichs-Deputations-Abschieds hätte gegen die frühere Verordnung des Reichs-Deputations-Abschieds das Interesse des Gläubigers aus dem Verzug geradehin auf 5 Procent gesetzt. — Dies ließe sich hören, wenn der Anfang des Paragraphen nicht bloß von versprochenen oder bedungenen Zinsen redete, in den Worten:

„anreihend, die künftigen Zinns und Interesse sollen von „nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinnsen, „oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, „jedoch nach Ausweisung der Reichskonstitutionen und weiter nicht als 5 Procent alle und jede Jahre in vergliche„nen Terminen unfehlbar bezahlt, und im Fall des Saum„sals auf bloße Vorzeugung der Obligation per paratam „executionem wider den Schuldner verfahren werden.“

Er redet ferner nur von der Saumsal in Bezahlung der versprochenen Zinsen, was auch schon die Worte: daß nach Ausweisung der Reichskonstitutionen ꝛc. anzeigen. Von nicht versprochenen, das heißt von Verzugszinsen, ist in dem ganzen §. nicht eine Sylbe enthalten. Er beweißt daher für den obigen Satz nichts [76]), und der §. 139 des Deputations-Abschieds, der hier weit eher angeführt zu werden verdient, schafft das Darlehen so wenig in einen Billig-

76) Und doch berufen sich so viele Rechtslehrer auf ihn.

keitsvertrag um, daß er vielmehr nur dem Gläubiger freistellt, um durch den morosen Schuldner nicht in Schaden zu kommen, entweder das liquidirte Interesse zu fordern, oder mit den gewöhnlichen Zinsen von 5 Procent vorlieb zu nehmen.

Wenn sich aber auch darthun ließe, daß das mutuum zu einem contractus b. f. gesetzlich umgeschaffen worden sey; so wäre damit die Aufhebung aller Contrakte des strengen Rechts keineswegs dargethan. Denn niemand wird läugnen, daß täglich solche verbindliche Rechtsgeschäfte vorkommen, welche die Römer unbenannte Contrakte hießen. Diese waren aber contractus stricti juris, mit Ausnahme des Tausch- und des ästimatorischen Contrakts §. 28. J. de Act., und sie lassen ihrer Natur nach keine besondere Billigkeit zu, sondern fordern bloß, daß der eine Contrahent leiste, wenn er den andern sich verbindlich machen, oder von ihm geleistet haben will, als worin das strictum jus dieser Contrakte besteht. Die Anwendung einer Billigkeit bei derselben wäre aequitas cerebrina und ungerecht. Verlassen wir also hierin die römischen Rechtsbestimmungen, so handeln wir abermals inconsequent. Denn gesetzt: es würde heut zu Tag jemand aus einem synallagmatischen oder unbenannten Contrakte belangt, so könnte kein Richter den Beklagten anhalten, die versprochene Sache zu geben, oder das zugesagte Faktum zu leisten, so lange der Kläger dies seiner Seits nicht gethan hat. Vielmehr müßte er sprechen: Noch zur Zeit findet die Klage nicht statt; wo es dann von dem Kläger abhängt, ob er sein Versprechen erfüllen, oder davon abgehen will, was der andere nicht hindern kann, da er ihn durch Leistung von seiner Seite noch nicht verbindlich gemacht hat. Diese Sätze sind so einleuchtend, daß die Behauptung: jeder Vertrag als solcher erzeuge eine Civilobligation und ein Klagrecht, kaum begreiflich wird. Wären unsere Gerichte nicht mit des römischen Rechts kundigen Männern besetzt, so würden diese bei angebrachten Klagen aus Verträgen, wovon weder diese noch jene benannt werden, nicht selten in Verlegenheit kommen; so aber entscheiden sie, gleichsam aus Takt, nach römischen

Digitized by Google

Rechtsbestimmungen, in allen den Fällen, wo der Contrakt, oder die Klage, hätte benannt werden können.

Bei Rechtssachen aus bloßen Verträgen befinden sich meistens die Advokaten recht wohl; desto schlimmer aber ihre Clienten. Jene erhalten dadurch ein weites Feld, Rechtsstreite auf Kosten dieser zu verwickeln und auszudehnen, bis zuletzt der Richter gewahr wird, daß kein gegründetes Klagrecht statt fand, und der abgewiesene Theil, wiewohl zu spät und zu seinem Schaden, eine Erfahrung macht, vor der er sicher geblieben wäre, wenn er den Vertrag, und sein daraus vermeintlich erworbenes Klagrecht, vor Anfang des Rechtsstreits nach römischen Principien hätte prüfen und beurtheilen lassen. Es war daher bei dem vormaligen Reichskammergericht eine gewiß heilsame Einrichtung, daß bei jedem dort angebrachten Prozeß die Klage bestimmt angegeben oder benannt werden mußte. Sie gewährte mannichfaltigen Vortheil; der Richter sah daraus gleich das Rechtsgeschäft, woraus geklagt wurde; der Advokat machte sich durch Auffindung und Auswahl der Klage ganz mit den gesetzlichen Bestimmungen des Contrakts, der sie erzeugte, bekannt, und, um nicht Blöße zu geben, mußte er sich in seinen Schriften zweckwidriger Digressionen enthalten, und gelangte dadurch überhaupt zu einer besseren und helleren Ansicht der Sache.

C.) In Rücksicht auf Gesetzgebung.

Meine Absicht war bisher, aus dem römischen Recht zu zeigen, daß der Satz: aus jedem gültigen Vertrag kann geklagt werden, kein richtiger, kein praktisch-möglicher, vielmehr ein für Bürger und Staat verderblicher Satz sey; daß er in Teutschland zwar gelte, aber nicht consequent angewandt werden könne, weil man in Ermanglung teutsch-gesetzlicher Formen für einzelne Verträge meistens römischen Bestimmungen folgen muß, wenn jene nicht in einander fließen, und praktisch unbrauchbar seyn sollen. Ob mir dieses in etwas gelungen sey, und ob andere Sachkundige dieselbe römische Weisheit und Consequenz in der Lehre von Verträgen finden, wie ich, mögen dieselben entscheiden.

Digitized by Google

Da ich unsere Partikular-Gesetzgebung, z. B. die Preußische, und die neuere für die Oesterreichischen teutschen Erblande, bei ihren sonst großen und unverkennbaren Vorzügen hierin mangelhaft finde, so will ich versuchen, einen bloßen, und wie ich wünsche nicht vergeblichen, Fingerzeig zu geben, wie man diese Lücke allenfalls ausfüllen könnte.

Man müßte nämlich für die frequenteste und nützlichste, folglich wichtigste, Verträge eigene Formen als Gränz- und Unterscheidungslinie eines Vertrags von dem andern festsetzen, oder die römischen mit geringer Abänderung dessen, was für uns nicht paßt, ganz einheimisch machen; in Ansehung der römischen unbenannten Contrakte aber verordnen, daß, da kein vertragschließender Theil von dem andern die Erfüllung der erhaltenen Zusage vor Leistung der gegebenen fordern könne, die Verbindkeit, oder das Zwangsrecht, aus dem Vertrag auch erst mit jener anfange: daß nur von da an ein Klagrecht auf Erfüllung des Vertrags, oder wenn diese nicht zu bewirken seyn sollte, auf Leistung des Interesse gegründet sey, vorher jedoch jedem Theil frei stehe, sich den Vertrag reuen zu lassen, oder davon abzugehen.

Verträge aber, wodurch sich nur ein Theil verbindlich macht, d. h. einseitige, haben ohnehin von dem Augenblick der Annahme des gemachten Versprechens Gültigkeit, und geben ein Klagrecht auf Erfüllung der Schuld.

Diejenigen endlich, welche ein bloß künftiges Versprechen enthalten, sollen nur in dem Fall verbinden, wenn der Promissär schon in Beziehung auf jene Zusage handelt, und der Promittent, nach der Beschaffenheit des Vertrags, oder sonst, wissen konnte, daß jener auf die Gewißheit der Erfüllung künftiger Zusage rechne, und darnach voraus handle.

In allen übrigen Fällen wäre es weder vernunftrechtlich noch billig, denjenigen, der mit dem besten Willen etwas für die Zukunft versprach, zur Erfüllung einer Zusage zu zwingen, die er, wenn er seine jetzige Lage je hätte voraussehen können, vernünftigerweise nie gemacht haben würde.

Digitized by Google

Insbesondere aber scheint es einer weisen Gesetzgebung nicht angemessen zu seyn, wenn jedem Staatsbürger freisteht, mit Klagen aufzutreten, und sein Recht, wahres und vermeintliches, willkührlich vor Gericht geltend zu machen. Das Gesetz: „jedem, der sich in seinem Recht gekränkt zu seyn erachtet, steht „es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten „Behörde anzubringen [77]),“ ist an sich richtig und gut. Nur muß man unter dieser Behörde nicht ausschließend den Richter verstehen. Ich wünschte nämlich außer denselben eine Behörde, an die man sich vorher wenden müßte, ehe man einen Rechtsstreit anfangen kann. Wer kennt nicht den großentheils unwissenden, durch Vorurtheile verblendeten und leidenschaftlichen Menschen, wer weiß nicht, wie sehr der unfriedliche Mann u. der Halbweise zur Streitsucht geneigt, und wie dagegen der friedliche und unvermögende Bürger hart daran ist, wenn er von seinem reichen ränkevollen Gegner in ungerechte Prozesse verwickelt wird, deren Ende er kaum vorausssieht, wir also dem einen seine Streitsucht und sein unbeschränktes Klagrecht, dem andern aber die Chikane seines reichen und unbilligen Gegners, und das leider langwierige Rechtsverfahren durch mehrere Instanzen von seinem eigentlichen nützlichen Beruf entfernt, und nicht selten an den Bettelstab bringt; und wer sollte dadurch nicht überzeugt werden, daß es sehr wohlthätig und gerathen für den Bürger seyn müßte, wenn eines Theils das Klagen und Streiten vor Gericht nicht bloße Willkühr wäre, und wenn anderen Theils im Fall eines wirklich gegründeten Klagrechts, das Gesetz genau die Zeit bestimmte, innerhalb welcher die Prozesse in jeder Instanz beendigt seyn müßten [78]).

77) In der Oestreichischen bürgerlichen Gesetzgebung für die gesammten teutschen Erbländer. s. von Zeiler Commentar über dasselbe I. B. I. Th. 1. Hauptst. §. 19.

78) Nach römischem Recht durfte kein Civilproceß über 3 Jahre währen l. 13. §. 1. C. de judic. nämlich in der ersten Instanz nicht über zwei, und in appellatorio nicht über ein Jahr. Nov. 49. pr. §. 1. u. princ. c. 1.

Digitized by Google

Die Einwendung: man habe es sich selbst beyzumessen, wenn man einen verwegenen Rechtsstreit anfange, und schon eigenes Interesse rathe es jedem, sich von Rechtsverständigen über den Grund oder Ungrund seines Klagrechts belehren zu lassen, ist von keinem Gewicht; denn der Staat muß da durch Gesetze eintreten, wo der Bürger entweder durch andere, oder durch sich selbst, Gefahr läuft, in Schaden zu kommen. Auch sind die Rechtsverständige meistens Advokaten, welche von Prozessen sich nähren, und daher keine unbefangene Rathgeber. Wenn sie es aber auch wären, so ist doch die Parthei an ihren Rath nicht gebunden.

Wichtiger und scheinbarer ist der Einwurf: daß die Rechtsverfolgung vor Gericht mit dem Recht selbst zu genau zusammenhänge, um die Befugniß zu jener von diesen trennen und dem Berechtigten entziehen zu können, als wodurch die natürliche Freiheit zu sehr beschränkt würde.

Allein man erwäge, daß Weibspersonen, selbst wenn ihre Rechte unzweifelhaft sind, ohne den Willen und die Beistimmung ihrer Pfleger nicht klagen, oder einen Rechtsstreit beginnen können [79]). Warum sollte ein in dem Recht und dessen Beurtheilung unerfahrner, besonders der gemeine Mann, um vor Schaden aus unzeitigem Prozessiren gesichert zu werden, nicht einer ähnlichen Verordnung bedürfen? Der auf seinem Recht fest haltende Römer hätte es der Entscheidung des Prätor, ob ihm eine Klage zustehe und welche? gewiß nicht überlassen, wenn die Beschränkung seiner Willkühr hierin ihm hart und unnatürlich geschienen hätte. Man darf vielmehr annehmen, daß er überzeugt von einer nur zu seinem Besten getroffenen Einrichtung

79) Weder nach römischem Recht Ulp. Fragm. T. XI. §. 1. Tutores constituuntur foeminis tam impuberibus quam puberibus et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam; noch nach dem teutschen. Cons. Tubing. T. II. c. 119. n. 15. Hofacker in princ. jur. civ. T. I. § 713.

Digitized by Google

dem Ermessen derjenigen Behörde gerne sich fügte, welche eigentlich als Dienerin der Billigkeit aufgestellt, und die lebendige Stimme des bürgerlichen Rechts war.

Demnach sollte, meines Erachtens jede Gesetzgebung dafür sorgen, daß dem Einzelnen nicht überlassen bleibe, aus Geschäften und Verträgen aller Art willkührlich zu klagen. Sie sollte eine Behörde aufstellen, an die man sich, wie der Römer an seinen Prätor, vorher zu wenden, ihr die Rechtssache mündlich oder schriftlich in Kürze vorzulegen, und von ihr die Entscheidung zu erwarten hätte: ob diese zur Verfolgung auf dem Rechtswege sich eigne? Um das Klagrecht desto mehr zu sichern, dürfte diese Behörde nicht grade in einer Person, aber auch in nicht mehr als drei nach Wissen und Charakter vorzüglichen Männern bestehen; in zweifelhaften Fällen müßte sie alles anwenden um einen Vergleich zu bewirken; falls dieses aber mißlänge, müßte von ihr die Klage freigestellt werden. Uebrigens sollte das Klagen niemalen — gänzlich, sondern immer nur mit dem Beisatz untersagt werden, daß bei dennoch angefangenem und verlohrnem Prozeß die muthwilligen Streiter die gesetzliche, etwas hoch zu bestimmende, Fiscal- oder auch Gefängnißstrafe, unausbleiblich treffen würde.

Hiedurch könnte ohne Zweifel der äußerst schädlichen Streitsucht begegnet, und eine Menge frivoler Prozesse, welche durch das, in der Absicht zu prozessiren, so häufig nachgesuchte und erhaltene Armenrecht entstehen, niedergeschlagen werden. Den bestehenden Gerichten würde die Zeit zur Erledigung gegründeter Klagen nicht geraubt, der friedliche Bürger würde im ruhigen Genuß seiner Rechte gelassen, gegen Geringschätzung und Nichtanerkennung derselben durch Mächtige und Reiche sicher gestellt, und überhaupt mehr Achtung für Recht erzeugt. Endlich möchte hieraus auch das Gute entstehen, daß die Advokaten ihren hohen Beruf und die Würde ihrer Wissenschaft lebhafter fühlen, und diese nie der Chikane, sondern einzig und allein der sorgfältigen Entwicklung und lichtvollen Darstellung des Rechts ihrer Clienten, Preiß geben würden.

Digitized by Google

II.

Beiträge zur Lehre von der Adcitation.

Von Mittermaier.

§. 1.

Der gemeine teutsche bürgerliche Proceß beruht nach einstimmiger Versicherung der Rechtsgelehrten auf der Verhandlungsmaxime, welche, richtig verstanden, zwar nicht eine blos negative Thätigkeit dem Richter zur Pflicht macht, aber ein richterliches Handeln von Amtswegen in Ansehung solcher Thatsachen nicht gestattet, welche die Partheien nicht vorgebracht haben. Desto befremdender ist es, wenn man hört, daß auch der gemeinrechtliche Richter das Recht haben soll, Personen, welche weder selbst ihren Willen, am Streite Theil zu nehmen, ausgesprochen haben, noch von den Partheien zur Theilnahme aufgefordert worden sind, von Amtswegen zum Streite beizuziehen, und ihnen die Theilnahme gleichsam zur Pflicht zu machen.

In der älteren Zeit nannten die Practiker diese richterliche Handlungsweise eine interventio necessaria [1]; in der Folge wurde dieser processualische Akt Adcitation genannt, und früher von Canz [2], später am umständlichsten von Gönner [3], erörtert. Schon Canz hatte die Adcitation vorzüglich mit der Streitgenossenschaft in Zusammenhang gestellt, sie aber auch in anderen Fällen, z. B. wenn der Bürge belangt wird,

1) Brunnemann process. civil. c. 13. nr. 1.

2) Canz de adcitat. tertii ad litem. Tübing. 1759.

3) Gönner's Handbuch des Processes I. Thl. nr. XIX. S. 385.

wenn ein Dritter zum Schadensersatze verpflichtet ist, zugelassen, wogegen Gönner die Adcitatation in der Canzischen Ausdehnung bestritt, und sie jedoch nicht blos im Falle mehrerer Streitgenossen, sondern auch, wenn mehrere Miteigenthümer im Spiele sind, oder wenn zwei Personen in einem Streite auftreten, worüber der Richter schon zum Vortheile eines Dritten entschieden hat, als zulässig erkannt. In die Partikulargesetzbücher ist die Adcitation selten übergegangen, und nur in sehr großer Ausdehnung findet sie sich im Baierischen Gesetzbuche [4]), worin dem Richter aufgetragen wird: selbst auf das bei jeder Sache obwaltende Recht und Interesse eines Dritten von Amtswegen fleißige Obacht zu halten, und wo er dergleichen ex actis bemerken würde, demselben sogleich Nachricht von dem Streite zu ertheilen, vorher aber in Sachen nicht weiter zu verfahren. In der Preußischen Gerichtsordnung [5]) findet sich zwar der Ausdruck, aber in einem von dem Gönnerischen abweichenden Sinne. Neuere Entwürfe haben die Adcitation aufgenommen, und zwar Gönner [6]) in seinem Entwurfe in der Gestalt, in welcher er die Lehre im Handbuche dargestellt hatte. Engelhard [7]) beschränkt

4) Cod. Jur. Bavar. v. 1753. Cap. VIII. §. 4. nr. 5.

5) Preuß. Gerichtsordn. Tit. XVII. §. 5.

6) Gönner Buch I. Cap. III. §. 11. Die Worte Gönner's scheinen zu einer noch größeren Ausdehnung der Adcitation, als man es gewöhnlich annimmt, zu führen, wenn es heißt: „Adcitation finde Statt, wenn dem Richter aus den Gerichtsakten Verhältnisse bekannt sind, welche den Adcitaten zur Hauptintervention berechtigen, folglich auf den Punkt der Legitimation zur Sache soweit hinwirken, daß es zweifelhaft ist, ob der Streit ohne Beitritt des Adcitaten mit Wirksamkeit verhandelt werden kann.“

7) Engelhard's Entw. einer verbesserten Gesetzgebung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Satz 285.

sie nur auf den Fall, wenn aus den Vorträgen der Partheien erhellt, daß zu dem gegenwärtigen Streite noch mehrere Streitgenossen gehören, und er betrachtet sie [8]) als eine Vervollständigung des Subjects im Rechtsstreite, welche zur Abkürzung und Vereinfachung der Processe diene, wenn man sie da eintreten ließe, wo sonst eine Entbindung von der Klage, angebrachtermaßen, eben so richtig erkannt werden könnte.

Eine nähere Untersuchung dieser Lehre dürfte nicht überflüssig seyn; der vorliegende Aufsatz aber soll nur Beiträge geben, da eine umfassende Entwicklung schon seit langer Zeit von Martin [9]) versprochen ist, welcher nur deswegen vorgegriffen wird, weil der Leichtsinn mancher Practiker, mit welchem sie solche Adcitationen verfügen, die Nothwendigkeit erzeugt, sie bald aufmerksam zu machen.

§. 2.

Die Adcitation steht vorerst unläugbar im Widerspruche mit der gemeinrechtlichen Verhandlungsmaxime, und zwar in zweifacher Rücksicht; indem sie 1) gegen die Anträge der Partheien ein richterliches Verfahren von Amtswegen in der Art einführt, daß der Richter Thatsachen officiell ergänzt, welche die Partheien gar nicht vorgebracht haben, und indem sie 2) einen positiven Zwang zur Rechtsverfolgung enthält. Betrachtet man alle Fälle, in welchen man Adcitationen rechtfertigen will, so liegt darin immer die officielle Vorrufung solcher Personen, welche entweder freiwillig hätten kommen können, oder auf deren Beiziehung eine der streitenden Partheien hätte antragen können, z. B. im Falle der Litis-Denuntiation. Wenn nun der Richter Jemanden von Amtswegen in den Streit verwickelt, den die Partheien selbst nicht einmal hereingezogen haben, so zerstört er dadurch Hauptgrundsätze des gemeinen

8) l. c. in den Motiven S. 191.

9) Martin's Lehrbuch des gem. bürgerl. Processes. §. 295.

Processes, bringt den Partheien gegen ihren Willen etwas auf, und erlaubt sich ein Eingreifen, das die Freiheit des Vorbringens verletzt, und in manchen Fällen eine positive Ergänzung von Einreden seyn wird, indem die Parthei aus der unterlassenen Beiziehung gewisser Personen das Recht zu exzipiren gewinnt, durch das Nichtvorbringen der Einrede aber beweiset, daß sie auf dieselbe verzichtet, und daher auch den Richter nicht berechtiget, etwas gegen ihren Willen zu ergänzen. Noch mehr widerstreitet aber die Adeitation als Zwang zur Rechtsverfolgung den Grundsätzen des gemeinen Processes und jeder vernünftigen Gesetzgebung, welche den Zwang zur Klage verbietet. Nach der Erklärung Gönner's selbst soll durch Adeitation Jemand zum Streite als mitstreitende Hauptparthei, oder wie er an einem anderen Orte sagt, als Principalintervenient beigezogen werden; zur Principalintervention aber kann Niemand berechtiget seyn, welcher nicht ein solches selbstständiges Interesse hat, daß er dasselbe durch eine Klage verfolgen kann; es wird daher Jemand zu einer Rechtsverfolgung genöthiget, bei welcher er als Kläger auftreten muß, und er wird dadurch theils in dem Rechte zu verzichten, theils in der gesetzlichen Freiheit, der Klage sich bis zum Ablaufe der Extinctivverjährungszeit zu bedienen, verletzt. Soll aber Jemand adeitirt werden, welcher als Beklagter am Streite Theil nehmen soll, so wird vom Richter gleichsam eine Klage ergänzt, und Jemand zu einer Vertheidigung gezwungen, gegen welchen noch kein Kläger aufgetreten ist. Wie widerrechtlich aber ein solcher Zwang ist, ergiebt sich besonders, wenn man die Folgen erwägt, welche den Adeitaten treffen sollen, wenn er nicht erscheint, indem die Rechtslehrer [10]) ein Contumacialverfahren gegen den ungehorsamen Adeitaten zulassen, welches darnach verschieden seyn soll, je nachdem der Adeitat als Streitgenosse, oder zur Vertheidigung seines selbstständigen Rechtes adeitirt war. Im ersten Falle soll der ausbleibende

10) Vorzügl. Gönner. Handbuch l. c. S. 408.

Digitized by Google

Adeitat als erscheinend angesehen, und seine Vertheidigung als geführt angesehen werden, oder, wie Gönner [11]) im Entwurfe sagt, er soll so angesehen werden, als habe er in die Verhandlungen seines Streitgenossen eingewilliget, und das darauf erfolgende Erkenntniß wird für ihn, als ob er erschienen wäre, verbindlich; im zweiten Falle soll aber angenommen werden, daß er nicht habe interveniren wollen, und es soll mit dem Streite unter den bisherigen Partheien ohne fernere Rücksicht auf den Adeitaten fortgefahren werden. Allein was die Folge im ersten Falle betrifft, so beruht sie auf unrichtiger Ansicht von der gesetzlich gegründeten Natur der Streitgenossenschaft, sie raubt dem Adeitaten gegen den Ausspruch der Gesetze sein Recht der Vertheidigung, und behandelt ihn ohne gesetzlichen Grund als einen Streitgenossen; die Ungehorsamsfolge im zweiten Falle kann nicht wahr gemacht werden, da demjenigen, welcher ein wahres Interesse und Recht zur Principalintervention hat, nie verwehrt werden kann, dasselbe durch eine Klage geltend zu machen, die Abweisung desselben aber, wenn er später mit der Principalintervention wirklich auftreten will, oft einen unwiderbringlichen Nachtheil für den Intervenienten zur Folge haben würde, welcher mit der Natur des Ungehorsams, wenn er auch wirklich gegründet wäre, in keinem Verhältnisse stünde. Will man Adeitation einführen, so muß man entweder aussprechen, daß das Nichterscheinen des Adeitaten für ihn keine nachtheiligen Folgen hat, und dann erscheint das Ganze als nutzlose und Proceß verzögernde Formalität, oder man muß, um der Adeitation Nachdruck zu geben, Nachtheile mit dem Nichterscheinen des Adeitaten verbinden, und dann ist sie wahrer Zwang zur Rechtsverfolgung, und widerstreitet dadurch den Gesetzen und einer guten Gesetzgebung.

§. 3.

Betrachtet man aber die Fälle der Adeitation genauer, so

11) Gönner's Entwurf I. Buch III. Cap. §. 11. nr. 4.

enthält sie eine offenbare Verletzung des Rechtsgrundsatzes, daß die Rechtskraft des zwischen zwei Partheien gefällten Urtheils dritten Personen weder nütze noch schade. Die Adcitation setzt immer einen schon anhängigen Rechtsstreit von zwei anderen Personen voraus, und enthält eine officielle Aufforderung eines Dritten, dem Streite beizutreten; der Richter setzt daher voraus, daß der Dritte vom Ausgange des unter zwei anderen Personen geführten Rechtsstreites betroffen werden könnte. Allein diese Voraussetzung ist eine unrichtige, und steht im Widerspruche mit den Gesetzen. 1) Nach dem Ausspruche der Gesetze [12]) wirkt die Rechtskraft eines Urtheils nicht auf dritte Personen, der Adcitat kann daher gleichgültig seyn, wie der Proceß ausgehe, weil ihm dadurch nichts geschadet werden kann; wird er vom Richter doch beigezogen, so geschieht dies in der Regel aus unrichtiger Voraussetzung, und ist Beiziehung zu einem unter anderen Personen geführten, für den Adcitaten gleichgültigen Streite, daher auch eine überflüssige richterliche Handlung. 2) Aber auch in den Fällen, in welchen die Rechtskraft dritten Personen schadet, zeigt sich, daß durch Adcitation nichts gewonnen werde; denn wenn z. B. die Nachfolger der Partheien [13]) die Rechtskraft anerkennen müssen, so wird eine Adcitation in diesen Fällen theils gar nicht möglich seyn, da der Nachfolger erst später bekannt wird, theils wird sie unnöthig seyn, da auch der Nachfolger, wenn er bei dem Processe erschiene, weder ein Recht der Klage noch der Vertheidigung früher haben kann, ehe er juristisch als Nachfolger gilt. Wenn in Fällen Adcitation erkannt wird, wo derjenige durch die Rechtskraft leidet, welchen die Vertheidigung der vor den Richter gebrachten Sache vorzüglich

---

12) L. 4. Cod. quib. res judic. Tit. Cod. inter alios acta. C. 13. x. de sentent.

13) Münter in Hagemann u. Günther Archiv für theor. u. prakt. Rechtsgelehrte. IV. S. 1.

Digitized by Google

angeht, und welche es zuläßt, daß ein anderer, minder dabei Interessirter, die Vertheidigung übernehme [14]), so nützt sie auch dabei nichts, weil nur unter Voraussetzung, daß der Dritte von dieser Proceßführung durch den Anderen wisse, er von der Rechtskraft betroffen wird, während er, wenn er vom Processe nichts wußte, durch die Rechtskraft nicht leidet. Zergliedert man alle Fälle, in welchen Rechtskraft auf Dritte wirkt, so wird sich immer zeigen, daß die Adcitation nichts nützte, weil der Dritte, wenn er auch herbeigerufen wird, entweder gar kein Recht hätte, in den Streit der Uebrigen sich zu mischen, oder weil seine Gegenwart bei dem Streite doch weder ihm noch den streitenden Partheien etwas nützen könnte. Wie wenig im Geiste des römischen Rechts auch eine Adcitation liege, beweiset vorzüglich ein Fall, über welchen die Gesetze sich erklären, und in welchem die Praxis bei uns oft Adcitationen erkennt. Wenn nämlich Jemand wegen einer Sache mit der Eigenthumsklage belangt wird, und später von einem Anderen, während des anhängigen Processes mit dem Ersten, wegen der nämlichen Sache mit der Eigenthumsklage verfolgt wird, so soll nach den Gesetzen jeder von beiden Processen selbstständig und unabhängig vom anderen Proceß ausgeführt werden [15]), und an die Beiziehung des Einen der Kläger zum Streite des Anderen denken die römischen Juristen nicht [16]).

§. 4.

Untersucht man den Zweck, welchen die Adcitation erreichen soll, so kann sie in einer dreifachen Beziehung gedacht werden; entweder 1) bezogen auf den Dritten, welcher beigeladen werden soll, damit derselbe sein Interesse wahren, und ihm zustehende Rechte verfolgen könne, deren Verfolgung ver-

14) L. 63. D. de re indicata.

15) L. 57. D. de rei vind. L. 57. D. de hered. petit.

16) S. auch über diesen Fall Gesterding über das Eigenthum. S. 370.

eitelt oder erschwert würde, wenn er von dem schon anhängigen Processe nichts erführe; oder 2) man kann sich Adcitation als nothwendig wegen der streitenden Theile denken, welche dadurch Vortheile gewinnen sollten; oder 3) Adcitation kann wegen des Richters selbst in so ferne empfohlen werden, als durch Beiziehung des Dritten dem Richter mehr Aufklärung verschafft, und eine vollständige Entscheidung möglich gemacht wird. Allein auch keine dieser drei Beziehungen kann Adcitation rechtfertigen. Die Verfolgung des ersten Zwecks widerspricht geradezu dem Character des Richters, der nur über die von den Partheien zur Entscheidung ihm vorgelegten Rechtsstreitigkeiten, und zwar so wie sie ihm vorgelegt worden sind, zu entscheiden hat. Eine Sorge des Richteramtes auch für dritte Personen, welche Rechte verfolgen können, gliche jener der Justiz überall unbekannten, und gewöhnlich nur Willkühr begünstigenden, polizeilichen Vormundschaft, welche um so weniger bei Rechtsstreitigkeiten sich anwenden läßt, als der Richter von dem Verhältnisse dritter Personen aus den Akten anderer streitenden Theile doch nur sehr oberflächliche Kenntniß erlangen kann, als er durch das Hereinziehen dritter Personen in einen anhängigen Streit nicht selten den Proceß verzögern, und den streitenden Theilen durch solche Zwischenhandlungen schaden wird, in Fällen aber, in welchen das Gesetz eine unaufgeforderte Meldung zur Pflicht macht, sogar die Rechte derjenigen Parthei verletzen würde, welche aus dem Stillschweigen der Anderen Rechte ableiten kann. Will man aber die Adcitation wegen des Vortheils der streitenden Theile rechtfertigen, so widerspricht sie theils dem Grundsatze des gemeinen Processes, nach welchem das Recht des Richters, Einreden und nicht vorgebrachte Thatsachen zu ergänzen [17]), überall nicht nachgewiesen werden kann, theils enthält sie eine Ungerechtigkeit gegen einen der streitenden Theile, welcher das Recht hat, zu verlangen, daß der Streit nicht nach anderen dem Gegner günstigeren Thatsachen so beurtheilt werde, als der

17) Archiv für civil. Praxis I. Bd. III. Hft. nr. 28. 29.

Gegner selbst vorgebracht hat, theils läßt sich nicht darthun, daß wirklich die streitenden Theile Vortheile durch Adcitation erhalten, wie dies aus der Zergliederung der Fälle sich ergiebt, in welchen Adcitationen erkannt werden.

Der von Canz [18]) angegebene Zweck: daß der Streit unter den Hauptpartheien, und der, welcher zwischen einer der Partheien und dem Adcitirten schwebt, in einem Processe beendigt werde, läßt sich selten erreichen, und entscheidet nichts. Erwartet man sich Vortheil für den Richter, und die vollständige Entscheidung des Streites, so ist auch dieser Gewinn nur scheinbar; denn es sind immer nur zwei Fälle denkbar; entweder ist das Vorbringen der Partheien so unvollständig, lückenhaft und undeutlich, daß der Richter nicht im Stande ist, ein umfassendes Urtheil über das Rechtsverhältniß zu fällen, oder das Vorbringen ist genügend, deutlich und vollständig. Im ersten Falle weiset der Richter, nach dem ihm zustehenden Frag- und Leitungsrechte, durch seine Dekrete, die streitenden Theile selbst an, das Fehlende zu ergänzen, und bestimmter sich zu erklären, und kann selbst, wenn dem Gebote nicht Folge geleistet wird, angebrachtermaßen abweisen. Im zweiten Falle aber bedarf es keiner Ergänzung, und das Urtheil wird nach der Aktenlage gefällt. Es ist zwar möglich, daß der Richter subjectiv, oder aus einzelnen Stellen der Akten, überzeugt seyn kann, daß das Rechtsverhältniß nicht in seiner wahren Gestalt von den Partheien vorgetragen ist, daß durch die Zuziehung einer dritten bei dem Streite interessirten Person das Sachverhältniß noch mehr aufgeklärt würde; allein diese Ueberzeugung kann ihn nicht berechtigen, eine Adcitation sich zu erlauben, da der Richter nur ein formell gerechtes Urtheil zu fällen, und blos nach der Aktenklage zu entscheiden hat, da eine solche Adcitation sogar ein inquisitorisches Aufsuchen und Benutzen von Beweismitteln enthielte, welches dem Richter nie gestattet werden kann. Die Adcitation steht in dieser Hinsicht selbst im Widerspruche

18) Canz de adcitat. tertii ad lit. §. 37.

mit dem Systeme des gemeinen Processes, nach welchem dem Richter zur Pflicht gemacht ist, angebrachtermaßen abzuweisen. Diese Art der Abweisung enthält die Erklärung des Richters, daß in Ansehung des Vorbringens etwas fehle; sie will aber den Richter vor dem Vorwurfe bewahren, daß er als Anwald die Partheien, über das was sie thun sollten, instruire, und geht aus der Ansicht consequent hervor, daß der Richter nur über den Streit, so wie er ihm vorgelegt wird, zu entscheiden habe. Untersucht man aber viele Fälle, in welchen Adcitationen erkannt werden, so sind sie solche, in welchen der mit seiner Pflicht vertraute Richter durch eine Abweisung: angebrachtermaßen, hilft, besonders dann, wenn im Vorbringen der Parthei etwas fehlte, was zur Vervollständigung des Subjects im Rechtsstreite gehört. Warum soll hier der Richter von Amtswegen das thun, was schon anfänglich die Parthei selbst hätte thun sollen, und auch später noch gut thun kann?

Es ist eine solche Handlungsweise von Amtswegen um so auffallender, als die Vertheidiger der Adcitation nicht im Stande sind, Gesetzesstellen für ihre Behauptung anzugeben. Sie berufen sich dagegen auf den Gerichtsgebrauch, und nennen die Adcitation ein nothwendiges Figment der Juristen. Allein, wollte man auch voraussetzen, daß der Gerichtsgebrauch bei dem beständigen Schwanken der Ansichten der Gerichtshöfe eine zuverlässige Quelle seyn könne, so kann man ihn, in so ferne er neue, den Gesetzen unbekannte Institute, angeblich wegen ihrer Zweckmäßigkeit einführt, nur dann als hiezu berechtiget erkennen, wenn 1) durch das Institut nicht der Hauptgrundsatz, worauf der Proceß nach einer gewissen Gesetzgebung ruht, verletzt, und nicht eine dem Geiste der Gesetzgebung widersprechende Handlungsweise eingeführt wird, wenn 2) nicht Rechte der Privatpersonen dadurch verletzt werden. Darnach betrachtet kann aber der Gerichtsgebrauch nicht befugt seyn, die Adcitation einzuführen, da sie, wie schon gezeigt worden, eben so sehr mit der Verhandlungsmaxime im Widerspruche steht, als sie nicht selten sogar eine Kränkung von Privatrechten enthält. Auch

Digitized by Google

kann man nicht, wie es oft geschieht, die Adcitation dadurch rechtfertigen, wenn man sich auf den Satz beruft: daß der Richter von Amtswegen den Punkt der Legitimation zur Sache prüfen und rügen müsse; denn wie wenig dieser Satz in seiner Ausdehnung wahr ist, hat schon Gensler [19]) hinreichend erwiesen. Man muß aber auch gegen die Adcitation noch mehr sich erklären, wenn man erwägt, wie störend und Proceß verzögernd sie wird, sobald man dem Richter einmal gestattet, Adcitationen zu verfügen, und wie wenig sich, sobald die Befugniß ausgesprochen ist, mehr eine Gränze ziehen läßt. Wenn auch nur irgend eine Spur aus den Akten sich ergiebt, welche es wahrscheinlich macht, daß ein Dritter ein Interesse am Streite haben könne, so berechtigt sie dann schon den Richter zur Adcitation, und wie oft solche Spuren in Akten vorkommen, weiß jeder praktische Jurist; der Richter, welcher lieber zu viel als zu wenig thun will, adcitirt dann, veranlaßt einen Zwischenstreit, und beeinträchtigt durch diese störende Verzögerung, oder unberufene Einmischung eines Dritten in den Streit, die Rechte der streitenden Theile.

§. 5.

Am bedeutendsten scheint die Adcitation noch in ihrem Zusammenhange mit der Streitgenossenschaft zu seyn, in so ferne derjenige, welcher mehrere Streitgenossen hat, befugt seyn soll, wenn er allein belangt wird, oder klagen will, die Uebrigen zum Streite beizuziehen. Nun behauptet man, daß auch das Gericht von Amtswegen, sobald aus den Vorträgen der Partheien erhellt, daß Streitgenossen zum Streite gehören, deren Mitvorladung verfügen könne; Engelhard [20]) stellt dies in seinem Entwurfe als gesetzliche Regel auf, während Gönner [21])

19) Gensler im Handbuch zu Martin's Lehrbuch S. 178.

20) Engelhard's Entwurf. Satz 285.

21) Gönner's Entwurf I. Buch III. Cap. §. 11.

Digitized by Google

in dem Entwurfe dem Gerichte nur mehr das Recht giebt, auf Antrag eines Interessenten zu adcitiren. Offenbar hängt dieser Punkt mit der Natur der Streitgenossenschaft zusammen, und Gönners Ansicht ergiebt sich vorzüglich aus seiner Behauptung, daß nach römischem Recht, vorzüglich bei untheilbaren Gegenständen, jedem Beklagten die exceptio plurium litisconsortium zustehe. Eine jeden Zweifel ausschließende entgegengesetzte Ansicht hat aber Martin [22]) aufgestellt und bewiesen, daß auch dann, wenn ein untheilbares Object den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, jeder Einzelne berechtigt seyn soll, deswegen zu klagen, oder sich zu vertheidigen, ohne daß er die übrigen Streitgenossen zum Streite nöthigen könne [23]). Durch diesen Beweis Martin's ist zugleich der Adcitation der Stab gebrochen; sie stützt sich nur auf die Voraussetzung, daß die Partheien befugt seyen, die except. plur. litis cons. einzuwenden, und der Richter kann nicht von Amtswegen etwas verfügen, oder den Anträgen der Partheien darauf Gehör geben, wenn die Gesetze selbst diese Befugniß den Partheien abschneiden, und eine Rechtsverfolgung ohne Beiziehung aller Streitgenossen zulassen. Auch hochgeachtete Gerichtshöfe haben sich in neuester Zeit von der Richtigkeit der Ansicht Martin's überzeugt, und die Unzulässigkeit der Adcitation ausgesprochen [24]). Zwar hat Gönner [25]) die Behauptung Martin's zu widerlegen gesucht, und der letzte hat uns schon lange eine Antwort darauf versprochen — welcher nicht vorgegriffen werden soll, wenn man behauptet, daß die Gönnerischen Widerlegungsgründe

---

22) Martin im Magazin für den bürgerl. Proceß. I. Bd. I. H. nr. 1. II. H. nr. 6.

23) L. 1. §. 3. D. depositi. L. 4. §. 3. D. si servit. vind. L. 55. D. de rei vindic. L. 2. §. 2 – 11. D. de verb. obl.

24) S. Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Celle in Hagemann's prakt. Erörterungen VI. Bd. S. 335.

25) Handbuch I. S. 413.

Digitized by Google

wohl nie die Probe aushalten können. Denn a) kaum begreiflich ist es, wie Gönner behaupten kann, daß, in Ansehung der Streitgenossen, bei untheilbaren Gegenständen das alte Recht nicht abgeändert sey. Es ist ja bekannt, daß schon im älteren römischen Rechte die exceptio plurium litis cons. nicht gegründet war, und daß die einzige Verordnung, welche sie einführte, durch das spätere Gesetz so abgeschafft wurde, daß sie Justinian nicht einmal mehr in den Codex aufgenommen hat. Wenn Gönner b) bei persönlichen Klagen behauptet, daß die Correaleigenschaft den Begriff der Gemeinschaft ausschließe, und daß beide nicht nebeneinander bestehen können, so widerspricht dies theils den Gesetzen [26]), theils den Begriffen beider Rechtsverhältnisse, indem die Gemeinschaft nur auf den Gegenstand, und die Verbindung unter den Contrahenten, die Correalität aber auf das Klagerecht gegen den Dritten sich bezieht. Wenn Gönner c) bei dinglichen Klagen, die von Martin angeführten klaren Gesetze deswegen nicht als beweisend betrachtet, weil, wenn auch ein Klagerecht in solidum gestattet sey, doch die exceptio der Theilung nicht aufgehoben wäre, so scheint er nicht zu berücksichtigen, daß die exceptio divisionis bei Realklagen gar nicht vorkomme, und nur bei gewissen Personalklagen per modum privilegii eingeführt worden sey. d) Die Berufung Gönner's aber auf die aufgehobene Formularjurisprudenz kann für keinen Juristen entscheiden, welcher weiß, daß man als gewöhnliche Modeformel die Formularjurisprudenz anklagt, wenn man die Gesetze nicht befolgen will, und Martin's Beweis, daß die exceptio plurium litis cons. nicht existire, ist zugleich der Beweis, daß die Adcitation nicht gegründet ist.

§. 6.

Die Praxis wendet die Adcitation vorzüglich noch in einigen Fällen an, die auch untersucht werden müssen; und zwar

---

26) L. 67. pr. D. ad leg. falcid.

Digitized by Google

wendet sie dieselbe 1) in dem Falle an, wenn bei einem Gemeingute einer der Miteigenthümer auf die Theilung des gemeinschaftlichen Gutes gegen einen andern Miteigenthümer klagt, aus den Akten aber erhellt, daß auch noch ein dritter Miteigenthümer da sey. Hier soll dieser Dritte adcitirt werden. Allein auch in diesem Falle ist die Adcitation unnöthig, da die Theilung den nicht anwesenden Theilnehmern nicht schadet, indem ihnen ihr Antheil zurückgelegt wird, ohne daß deswegen das Klagerecht des Einzelnen gehindert würde [27]). Nicht selten wird 2) auch dann Jemand adcitirt, wenn eine Parthei klagt, die nicht frei und ganz über den Gegenstand, worauf sie klagt, verfügen kann, und wo der Richter weiß, daß auch ein Dritter an der Sache Rechte habe, dem durch die Disposition des Klägers geschadet werden könnte. Auch in diesem Falle jedoch, wenn die Akten die Gewißheit geben, daß der Kläger kein volles Dispositionsrecht hat, bedarf es keiner Adcitation, sondern nur einer Abweisung des Klägers, der eine Bedingung nicht erfüllte, unter welcher er die Klage anstellen kann. Eine Adcitation in diesem Falle wäre die Verbesserung eines von einer Parthei gemachten Fehlers von Amtswegen. 3) Selbst dann, wenn der Richter weiß, daß er über die Sache, welche zwei streitende Theile verfolgen, schon zu Gunsten eines Dritten entschieden habe, darf er diesen Dritten nicht adcitiren. Es kömmt hier vielmehr alles auf die Wirkung der Rechtskraft an; ist der Fall von der Art, daß die Rechtskraft des im anderen Prozesse gefällten Urtheils auch auf die jetzt streitenden Partheien wirken kann, so ist das abweisende Urtheil, auch ohne Beiziehung des Dritten, klar; ist dies aber nicht der Fall, und wirkt die Rechtskraft nicht auf die streitenden Theile, so ist der Dritte, dessen obsiegliches Urtheil sie nichts angeht, eine überflüssige Person in ihrem Streite.

§. 7.

Noch scheint die Adcitation im Concurse der Gläubiger noth-

27) L. 2. §. 4. D. famil. ercisc. L. 8. p. D. commun. div. L. 17. Cod famil. ercisc.

Digitized by Google

wendig zu seyn, um allen Widersprüchen und Rechtsverletzungen vorzubeugen, welche da eintreten, wenn von mehreren Concursgläubigern der letzte gegen einen der früheren appellirt, ohne gegen die mittleren die Berufung zu ergreifen, und ohne daß die mittleren selbst appellirt haben. Wenn in diesem Falle der Letzte siegt, und der Letzte nur an die Stelle des Ersten, mit einer größeren Forderung, als der vorige hatte, treten will, so leidet dadurch der mittlere Gläubiger, dem jetzt mehr vorgehen, als es anfangs der Fall war. Zu diesem Behufe soll nun der Mittlere adcitirt werden, um seine Rechte gehörig sicher zu stellen, und an der Appellation Theil nehmen zu können [28]). Allein geht man von dem Satze aus, daß das Prioritätsurtheil nur als ein Aggregat eben so vieler Erkenntniße zu betrachten sey, als Forderungen darin vorkommen [29]), so muß das Urtheil in Ansehung aller Partheien, welche nicht appellirten, rechtskräftig seyn, und der mittlere Gläubiger, welcher nicht appellirte, hat das Recht zu fordern, daß ihm nicht eine größere Forderung durch den Sieg der Mitgläubiger vorgesetzt werde, als ursprünglich ihm vorgesetzt waren, und in Ansehung derer er das Urtheil als rechtskräftig anerkannte. Die Adcitation in diesem Falle wäre ein Zwang zur Appellation, der allen Rechtsgrundsätzen widersprechen würde; sie ist aber auch gänzlich überflüssig, weil der mittlere nicht leidet, und der obsiegende Appellant nur gegen den Appellaten seinen Sieg geltend machen kann, gegen andere Mitgläubiger aber den Vorzug nur für den Betrag derjenigen Forderung geltend machen kann, vor welche ihm der Vorzug durch das Appellationsurtheil zuerkannt worden ist [30]).

28) Gönner im Handbuch I. S. 409. Gmelin über Appellation in Concursſachen §. 26. Reinhard die Lehre vom Gantverfahren S. 175.

29) Jahrbücher von der Gesetzgebung in Baiern. Von Gönner. II. Thl. S. 168.

30) Schweppe das System des Concurses d. Gläub. S. 182. Gönner's Entwurf eines Proceßgesetzb. Buch III. Cap. IX. §. 22. nr. 3.

Digitized by Google

§. 8.

Die Adcitation, von welcher bisher in dem Sinne der Praxis gesprochen wurde, wenn ein Dritter zu einem anhängigen Streite als mitstreitender Theil vorgeladen werden dürfte, muß aber nicht verwechselt werden mit einer andern Art, welche man auch Adcitation nennt. Es gehört dahin der Fall, wenn ein dritte Person mit der einen Parthei im Verhältnisse juristischer Einheit steht, z. B. der Cedent und Cessionar, und wenn eine Handlung vorkömmt, die nicht von dem bisher erschienenen Individuo, sondern nur von der mit diesem juristisch vereinigten Person rechtlich vorgenommen werden kann, z. B. Eidesleistung des Cedenten für den Cessionar [31]). Bei dieser Adcitation wird der Adcitirte keine mitstreitende Parthei, und es paßt darauf gar nicht, was bisher gegen Adcitation gesagt worden ist. Auch das preußische Recht [32]) handelt von einer Adcitation, bei welcher ein Dritter als Zeuge zum Streite vom Richter beigezogen werden darf, wobei es ausdrücklich heißt: daß die Absicht der Adcitation nur die sey, dem Richter vom eigentlichen Zusammenhange nähere Kenntniß zu verschaffen, daß aber der Adcitat nicht in den Proceß selbst verwickelt werden soll, und daß seine Zuziehung aufhöre, sobald er Auskunft dem Richter gegeben hat. Es ist übrigens merkwürdig, und dient zur Bestätigung unserer Meinung von dem Ungrunde der Adcitation im Sinne der gemeinrechtlichen Praxis, daß nicht einmal der preußische Proceß, welcher doch auf die Untersuchungsmaxime gebaut ist, die Adcitation in dem Sinne kennt, in welchem die Praxis dieselbe der Verhandlungsmaxime des gemeinen Processes hat aufdringen wollen.

---

31) Grolman's Grundsätze des Verfahrens in bürgerl. R. §. 160.

32) Preuß. Gerichtsordn. Tit. XVII. §. 5.

III.

Versuchte Erklärung der L. 13. §. 11. et L. 14. Dig. locati conducti.

Von dem
Präsidenten des Tribunals zu Coblenz, v. Herreſtorff.

Der Contractus locationis et conductionis gehört in die Zahl derjenigen Contracte, welche durch Einwilligung gevollkommnet werden [1]). Da er durch Gebrauch oder Genuß der Sachen zum Nutzen beider Theile, ohne Veränderung des Eigenthums, sich auszeichnet, oder durch Dienſte, so eignet er sich nach seiner Natur, mehr als andere Contracte, zu jeder Wiederholung oder Erneuerung. Hängt die Wiederholung von ausdrücklich erklärtem Willen der Contrahenten ab, so leidet sie keine Schwierigkeit. Eben so leicht schmiegt sie sich unter den Lehrsatz: eadem est vis taciti, quae expressi [2]). Mit diesem Rechtsgrunde stimmt überein, daß dem Verbleiben in der Pachtung, oder in der Miethung, nach erfüllter Zeit, auf welche sie eingegangen war, die Kraft stiller Einwilligung in Wiederpachtung oder Wiedermiethung zugeschrieben wird [3]). Natürlich kann die Wiederpachtung, oder die Wiedermiethung, keine Wirkung hervorbringen wider einen Anderen, welchem weder ausgedrückte, noch aus dem Verbleiben in der Pachtung oder in der Miethung hergeleitete stille, Einwilligung sich entgegen

1) Pr. Inst. de obl. ex cons. L. 1. D. loc. cond. L. 2. pr. et §. 1. D. de obl. et act.

2) L. 2. pr. Dig. de pactis. Sed etiam tacite consensu convenire intelligitur.

3) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. L. 13. §. 11. Dig. loc. cond.

Digitized by Google

setzen läßt [4]). Dasselbe Rechtsverhältniß tritt ebenfalls ein, wenn Grundstücke eines gemeinen Wesens verpachtet gewesen [5]).

Insbesondere ist Grundstücken, welche Früchte tragen, und Wohnhäusern gemein, daß deren Pachtung oder Miethung gewöhnlich mehrere wiederholte Pachtungen oder Miethungen begreift, zuweilen aber auch eine einzige und untheilbare darbietet; je nachdem der Pachtlohn, oder der Miethzins, (pensio, merces) für einzelne Zeitabschnitte, z. B. jedes Jahres, bedungen worden, oder für eine gewisse Zeit der Pachtung oder der Miethung zusammengenommen — in welchen Fristen übrigens die Zahlung unterschieden und getheilt seyn mag. Jene Verschiedenheit hat ihren Grund in dem Wesen des Contracts selbst. Drei wesentliche Stücke bilden ihn. a) Einwilligung der Contrahenten. b) Gewisser, durch Zeit oder durch andere Art der Vollendung bestimmter, Gebrauch oder Genuß der Sachen. c) Dafür gegenseitig bedungener Pachtlohn oder Miethzins.

L. 13. §. 11. cit. hat Grundstücke, welche Früchte tragen, und Wohnhäuser, zu Gegenständen. Wenn aber in Ansehung dieser die Dauer stiller Wiederpachtung, oder Wiedermiethung, entwickelt ist, so erkennt man zugleich die Dauer, welche stiller Wiedermiethung anderer Sachen zukommt, so wie der stillen Wiederdingung der Dienste. Denn der Begriff des Gesetzes (sententia legis) verbreitet sich sowohl über Dienste, als andere Sachen, außer fruchtragenden Grundstücken, und außer Wohnhäusern [6]).

Weder die Art, Grundstücke durch gleiche Saaten aller Jahre zu benutzen, oder durch Abwechselung, je nach der Abtheilung des Felds in verschiedene Gewinnungen, noch die Betrachtung, daß Wohnhäuser jeden Augenblick gleichmäßigen Nutzen gewähren, haben eigene Kraft, die Dauer der Wiederpachtung oder der Wiedermiethung zu bestimmen. Sie kommen als zufällige Verhältnisse stiller Wiederpachtung oder Wiedermiethung hinzu, wie der ausgedrückten Pachtung oder Miethung. Die Bestimmung der Dauer, welche die stille Wiederpachtung oder Wiedermiethung annimmt, ist nothwendig aus der vorhergehenden Pachtung oder Miethung zu schöpfen, wegen stillschweigender Erneuerung derselben. Jene Erneuerung darf aber nicht

---

4) Daher fährt der L. all. 13. §. 11. fort: Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; hujus enim novus consensus erit necessarius.

5) Eadem causa erit, et si reipublicae praedia locata fuerint. L. all.

6) L. 12. Dig. de legibus. L. 6. D. de verbor. signifieat.

Digitized by Google

über das Maaß stiller Einwilligung erstreckt werden, welche durch das Verbleiben in der Pachtung, oder in der Miethung, nach geendigter Zeit an Tag gelegt wird; denn weiterhin ist sie von ihrem eigenen Grunde verlassen.

1) Des Genusses wegen, welcher den Raum eines Jahres erfordert, damit er wiederkehre, werden Grundstücke, welche Früchte tragen, am häufigsten so verpachtet, daß die Contrahenten über den Pachtlohn für die Zeit eines Jahres übereinkommen, und zugleich die Pachtung auf mehrere folgende Jahre verlängern. Ist auf diese Weise der Pachtlohn für jedes besondere Jahr bedungen worden, so ist ein Pachtjahr als einfache und besondere Pachtung anzusehen, welche in jedem folgenden Jahre wiederholt wird. Die Pachtung empfängt daher durch das Verbleiben in derselben nach erfüllter Zeit stillschweigende Erneuerung in einem Jahre; nicht aber die verlängerte Pachtung, wie sie durch ausgedrückte Uebereinkunft in den folgenden Jahren fortgesetzt worden; indem das Verbleiben in der Pachtung in einem Jahre eine stille Einwilligung nicht äußert für die folgenden Jahre, in Ansehung deren die vorhergehende Pachtung die ausgedrückte Einwilligung darbot [7]). Die auf uns gekommenen Werke römischer Schriftsteller über die Landwirthschaft belehren uns, daß die verschiedene Art, Grundstücke als Brachfeld nach Abwechselung der Jahre oder der Fruchtgattungen zu benutzen [8]), oder alle Jahre ohne solchen Wechsel zu besäen [9]), den Römern nicht unbekannt, sondern ebenfalls gebräuchlich war. Welche Eintheilung des Feldes, welche Abwechselung der Saaten der Pachtung nach eigener Bestimmung, oder nach dem Gebrauche der Gegend, zur Richtschnur dienen mag, sie ändert nicht das Wesen einfacher Pachtung, welcher jene zufälligen, von beiden Contrahenten gekannten, Verhältnisse nicht widerstreben, mithin angepaßt werden müssen. Die überschrittene Eintheilung des Feldes, oder die hintangesetzte Abwechselung der Saaten zum Nachtheile des Verpachters, entgehet demnach nicht dem Loose, welches L. 25. §. 3. Dig. loc. cond. ihr vorbehalten hat. Auf wie viele Jahre aber immer die Fortsetzung vorhergehender Pachtung beliebt worden, die Jahre, in welche jene

---

7) Quod autem diximus, taciturmitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerint, videantur locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis. L. all. 13. §. 11. D. 19. 2.

8) Vervatum (rus,) ager novalis.

9) Terra restibilis.

Pachtung sich ausbreitet, unterscheiden sich in eben so viele einfache und besondere Pachtungen [10]). Die Folgerung stiller Einwilligung aus dem Verbleiben in der Pachtung läßt keine andere und weitere Dauer der Wiederpachtung zu in dem zweiten Jahre [11]). Es gilt auch gleich, ob das Verbleiben in der Pachtung die Zeit erloschener ersten Pachtung übersteigt.

2) Dem Verbleiben in der Miethung der Wohnhäuser und anderer Gebäude nach erfüllter Zeit wird im Eingange der L. 13. §. 11. loc. cond. gleiche Kraft stiller Einwilligung in Wiedermiethung zuerkannt. Wohnhäuser gewähren aber den Nutzen eines Gebrauchs, welcher sich in jedem Augenblicke gleich ist. Dadurch erleichtern sie die einfache Miethung zu jedem beliebigen längern oder kürzern Zeitabschnitte eines Jahres, eines halben Jahres, eines viertel Jahres, eines Monates, einer Woche, ohne daß sie ausgedrückter Wiederholung der Miethung durch mehrere gleiche Zeitabschnitte widerstehen. Wie die einfache Miethung der Wohnhäuser die Zeit ihrer Dauer nach jenen verschiedenen Zeitabschnitten zu bestimmen pflegt, so nimmt nothwendig die stille Wiedermiethung dieselbe Dauer, aus Kraft erneuerter einfachen Miethung an. Die Wiedermiethung der Wohnhäuser weicht mithin in Ansehung ihrer Dauer ab von der Wiederpachtung der Grundstücke, welche Früchte tragen. Je nachdem die einfache Miethung zu verschiedenem Zeitabschnitte eines ganzen oder eines halben Jahres, eines Monats oder einer Woche, vorher bestanden hat, eben so wird jeder durch stille Wiedermiethung verbunden — oder, was dasselbe ist, je nachdem er gewohnt hat vermöge vorhergehender Miethung, welche durch die stille Wiedermiethung wieder auflebt [12]). Die je nach verschiedenem Zeitabschnitte gehabte Wohnung, unter welcher die vorhergehende einfache Miethung verstanden wird, bezeichnet demnach das Maaß der Dauer, welche auf die Wiedermiethung übergeht. Warum sollte der bei Landgütern durchgeführte Grund: „hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur," in Ansehung der Wohnhäuser eine andere

10) Et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praetitutum.

11) Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. L. all. 13. §. 11. Dig. 19. 2.

12) In urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit (conduxerit aedes,) ita et obligetur. L. all. 11. §. 13. in f. Dig. 19. 2.

und verschiedene, nicht aber eine gleichartige, zu vorhergehender einfacher Miethung passende, Dauer stiller Wiedermiethung zur Folge haben? Jede andere Auslegung verstößt gegen alle Grundsätze des Rechts und die Bedeutung der Worte. Anerkanntem Rechtsverhältnisse stiller Uebereinkunft, auf welche die Wiedermiethung sich stützt, ist zuwider, daß sie willkührlicher Auflösung überlassen werde; denn dadurch wird sie ja verlängert. Darf die ausgedrückte einfache Miethung nicht zu jeder Zeit verlassen werden, so muß dasselbe gelten von stiller Wiedermiethung, welche ihr blos nachahmt. Insbesondere ist die Deutung irrig und sich widerstreitend, welche die Thatsache fortgesetzter Wohnung als Grund der Wiedermiethung und zugleich als Maaß der die Wiedermiethung endigenden Dauer annimmt, und durch die angeführte Stelle das Verhältniß der Zeit ausgedrückt wissen will, nach welchem der Miethzins zu zahlen sey. Der Miethzins, wie die Uebereinkunft ihn zusammengefügt hat, und der gegenseitig zu gewissem Zeitabschnitte bestimmte Gebrauch der Wohnung, gehören zu dem Inbegriffe vorhergehender einfachen Miethung. Man stört und zerreißt jenen Inbegriff, wenn man den sich auf den Zins beziehenden Theil vorhergehender Miethung als Maaßstab schuldiger Zahlung für die etwa fortgesetzte Wohnung nach geendigter Zeit beibehält, und auf die Wiedermiethung überträgt, und dagegen den gegenseitigen zu gewissem Zeitabschnitte bestimmten Gebrauch der Wohnung als andern Theil von der Wiedermiethung trennt. Will man den Miether blos verbinden, je nachdem er die Wohnung fernerhin nach erfüllter Zeit der Miethung fortsetzt, so mangelt aller gültige Grund wie die Bestimmung eines Gesetzes, wodurch der vorherige Miethzins zur Richtschnur künftiger Zahlung erhoben wird. So wenig aber die Worte: ut, prout quisque habaverit, ita et obligetur, eine schwankende und unbestimmte Verbindlichkeit andeuten, welche aus der Thatsache fortgesetzter Wohnung, ohne alle Erneuerung vorhergehender einfachen Miethung entspringt, eben so sehr weicht von deren eigenthümlichem Verstande die andere Deutung ab, welche die Verbindlichkeit der Wiedermiethung nach dem Maaße, wie jeder gewohnt habe, mit der gleichsam gegentheiligen Erklärung vertauschen will, „den Miethzins nach Verhältniß der Zeit zu zahlen.“ Jene kündigt die Entstehung neuer Verbindlichkeit durch Wiedermiethung an. — Diese stützt sich auf Endigung der Miethung vor der Zeit. Die Verschiedenheit beider Verbindlichkeiten leuchtet aus den Stellen ein, welche sich auf geendigte Pachtung oder Miethung vor der Zeit beziehen. In dem Falle, in welchem die Pachtung wegen des erloschenen Nießbrauchs, und die Miethung wegen des abgebrannten Wohnhauses geendigt

wird, drückt ein Gesetz so sich aus: Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fructus est, mercedem praestet, Marcellus quaerit. — — Et magis admittit, teneri eum rel: in exustis quoque aedibus ejus temporis, quo aedificium stetit, mercedem praestandam rescripserunt [13]). Ein anderes Gesetz bedient sich ähnlicher Ausdrücke [14]). In L. 33. Dig. loc. cond. kommt der Fall vor, in welchem das Grundstück, welches verpachtet gewesen, zu öffentlichem Bedürfnisse des Staats eingezogen worden. Gleichwie der Verkäufer genug thut, daß er dem Käufer den Preis ersetzt, welchen er von dem Staate annehmen mußte, eben so wird die Pachtung geendigt, und der Verpachter erhält den Pachtlohn der Zeit, in Ansehung welcher der Pachter den Genuß gehabt hat. Wie in beiden vorhergehenden Gesetzen, so wird auch hier dieselbe Sprache beibehalten, welche die Endigung der Pachtung verkündigt [15]).

Bliebe noch der mindeste Zweifel übrig über die sich nach dem Maaße vorhergehender einfachen Miethung erneuernde stille Wiedermiethung, so muß ihn der Beweisgrund lösen — genommen von stiller Wiederpachtung oder Wiedermiethung, welcher die Dauer der um einen einzigen Pachtlohn oder Miethzins für die Zeit mehrerer Jahre zusammen eingegangenen Pachtung oder Miethung zugeeignet wird [16]).

Hieher ist übrigens zu ziehen, was vorher von stiller Wiederpachtung gesagt worden, welche für ein Jahr gilt, wenn der Pachtlohn für ein Jahr bedungen, und die Pachtung in mehrere folgende Jahre verlängert worden. Dasselbe hat Statt in

---

13) L. 9. §. 1. Dig. locati conducti.

14) Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis laverentur: post tres menses incendio facto respondit, posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret. L. 30. §. 1. Dig. 19. 2.

15) Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fenerit, teneris ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. L. all. 33. Dig. 19. 2.

16) In eo, quod plus est, semper inest et minus. L. 110. pr. Dig. de regulis juris.

Digitized by Google

stiller Wiedermiethung, welche der sich auf gleiche Weise in mehrere Jahre oder andere Zeitabschnitte verbreitenden Miethung nachfolgt. Sie schränkt sich ein auf ein Jahr, oder einen andern Zeitabschnitt — wiederholt sich in dem zweiten durch fortgesetztes Verbleiben in der Wohnung und eben so weiter — sey es schon, daß sie die Zeit erster Miethung überschreitet [17]). Denn überflüssig wäre gewesen, dasselbe zum zweiten Male zu sagen [18]).

3) Bei einzelnen Grundstücken ist der Fall nicht selten, daß die Brache deren Genuß in abwechselnden Jahren unterbricht. Es gibt andere Grundstücke, welche den Verlauf mehrerer Jahre erfordern, damit sie den hauptsächlichen Genuß, wegen dessen sie gepachtet werden, wieder hervorbringen. Oft endlich setzen die Contrahenten in der zusammengefaßten Zeit der Pachtung, oder der Miethung, einen besondern Nutzen. Zu jenen Rücksichten paßt die Pachtung, oder die Miethung, welche auf gewisse Zeit mehrerer Jahre zusammengenommen um einen einzigen Pachtlohn oder Miethzins eingegangen wird. Sie erscheint unter jener Gestalt als einzige und untheilbare Pachtung oder Miethung. Der Forderung stiller Uebereinkunft sagt aber nicht weniger zu, daß die Wiederpachtung oder die Wiedermiethung alsdann derselben Dauer theilhaftig werde, in welche die vorhergehende Pachtung, oder die Miethung, verlängert gewesen, mag von Landgütern oder von Wohnhäusern und andern Gebäuden die Frage seyn. Die Ausnahme zu Ende L. all. 13. §. 11. loc. cond., welche sich auf beide, sowohl auf die Wiederpachtung fruchttragender Grundstücke, als auf die Wiedermiethung der Wohnhäuser und anderer Gebäude bezieht, gehört hieher, und deutet vorläufig jene Dauer stiller Wiederpachtung oder Wiedermiethung an, wenn eine gewisse Zeit der Pachtung oder der Miethung zusammengefaßt u. dafür ein einziger Pachtlohn oder Miethzins beliebt worden. Nisi in (supra) scriptis (quae spectant praedia tam rustica quam urbana) certum tempus conductionis comprehensum est. Nichts hindert, sich jene Verschlingung hinzu zu denken. Die folgende, L. 14. Dig. loc. cond., aber spricht die voraus durch die Ausnahme angekündigte Dauer bestimmt aus, welche die Pachtung auf gewisse Zeit stiller Wiederpachtung mittheilt, und nach ihr wird von dem Verpachter dafür gehalten, daß derselbe, da er den Pachter nach vollbrachter Zeit der Pachtung in dem Hofgute läßt, wie vor-

17) L. 26. Dig. de legibus.

18) L. 27. Dig. ejus tit.

Digitized by Google

ber verpachte [19]). Der Zusatz: et hujusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt, beweißt, daß schriftlicher Aufsatz auf die Dauer stiller Wiederpachtung oder Wiedermiethung so wenig Einfluß hat, als solcher zu der Pachtung oder zu der Miethung erfordert wird. Insbesondere wird dadurch die angenommene Verschlingung in der zu Ende L. 13. §. 11. Dig. loc. cond. angehängten Ausnahme gerechtfertiget, so wie überhaupt die gegebene Erklärung beider Gesetze, L. 13. §. 11. et L. 14. Dig. loc. cond., den Grundsätzen des Rechts zuzusagen scheint.

IV.

Die Partei, auf deren, in dem gerichtlichen Gewahrsam befindlichen, Schrift das Präsentatum mangelt, ist, der Regel nach, zu einem weitern Beweis der zeitigen Ueberreichung nicht anzustrengen.

Von Gensler.

In den teutschen Gerichten findet man eine der Gerichtsverfassen verpflichtet, sey es der Dirigent, Actuar, oder eine Hülfsperson, auf jeden einlaufenden schriftlichen Vortrag sofort [1]) die Zeit der Uebergabe an das Gericht zu bemerken — Jahr, Monat und Tag — ja bei den vom Moment zu dem Moment zu berechnenden Nothfristen selbst die Stunde. Jene Bemerkung führt bekanntlich den Namen: das Präsentatum. Diese gerichtliche Beglaubigung der Ueberreichungszeit wird, wie die Erfahrung lehrt, bisweilen vergessen, und es tritt dann der Gegner, welcher aus dem Versäumniß einen Vortheil ziehen,

---

19) Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare.

1) Ohne erst zu prüfen, ob die Schrift zulässig sey, oder nicht. Bönner in dem Handbuch Abh. 9. §. 7.

wohl im Gefolge desselben Sieger werden kann [2]), mit der exceptio desertionis hervor. Behauptet nun, wie gewöhnlich, der Exhibent: „er habe jene, in dem Gericht befindliche, Schrift zur gehörigen Zeit, d. h. vor Ablauf der Frist, dem Gericht übergeben," so entstehet die Frage: „muß er diese seine Behauptung noch besonders beweisen, oder befreit ihn von dieser Last die Nachlässigkeit der zur Beglaubigung der Uebergabe amtspflichtigen Gerichtsperson?" Gönner [3]) nimmt das letzte an, nachdem man früherhin [4]) gewöhnlich den Unterschied aufstellte: im Falle a) das Präsentatum gänzlich fehle, so müsse der Exhibent obige Beweislast übernehmen; sey aber b) Jahr, Monat und Tag bemerkt und nur die auch zu bemerken nöthig gewesene Stunde u. s. w. hinweggelassen, so sey für das zeitige Uebergeben des Vortrags zu vermuthen. Dagegen bemerkt Klüpfel, in dessen Abhandlungen nr. XII., „schon dieser letzte unter b) erwähnte Satz sey eine durch Gesetze oder Rechtsprincipien nicht zu rechtfertigende Abweichung von der durchgreifenden Regel: wer ein factum für sich anziehe, müsse desselben Geschehenseyn nach allen wesentlichen Beziehungen erweisen, folglich auch die Zeit, war diese wesentlich; und noch weniger haltbar sey daher Gönner's Lehre. Denn die Nachlässigkeit der Gerichtsperson begründe keine, dem Gegner nachtheilige, Rechtsvermuthung dafür, daß der zum Vortrag binnen einer bestimmten Zeit auch pflichtige Kläger, Beklagte u. s. w. seiner Seits die ihm obliegende positive Handlung vollzogen habe, und es möge sich daher der Exhibent jenen Beweis auf eine andere Weise sichern, z. B. durch einen Empfangschein u. dgl."

Auch Gönner bemerkt voran, daß, wenn man von dem allgemeinen Grundsatz ausgeben müsse, „jeder Theil ist pflichtig, seine Behauptungen zu beweisen," der Exhibent allerdings in beiden Fällen, unter a. u. b., mit dem Beweis zu beladen sey. Allein er verneint die Anwendbarkeit jener Regel auf das vorausgesetzte proceßualische Verhältniß; und insoferne muß man ihm beipflichten, wenn auch seine Stütze

---

2) z. B. auf der Beweisantretungsschrift, oder auf der schriftlichen Einwendung, Fortsetzung u. s. w. eines Rechtsmittels u. dgl. fehlt das Präsentatum.

3) a. a. O. §. 8.

4) M. s. Danz in den Grundl. des ordentl. Proc. §. 89. Lit. not. b.), so wie die von Klüpfel, über einzelne Theile des bürgerl. Rechts, Stuttgardt 1817. Abh. XII. §. 2. not. 3. angezogenen ältern Schriftsteller.

auf eine, aus der Negligenz des Gerichts abgeleitete, Rechtsvermuthung zerbrechlich seyn mag, und man insoferne die von Klüpfeln vorgebrachten Gründe als an sich richtig stehen läßt.

Es giebt nämlich noch eine andere Seite, von welcher aus, ohne besondere Rücksicht auf die Negligenz einer Gerichtsperson, behauptet werden darf, die Gesetze können in dem Gebiet der processualischen Versäumnisse die Strenge obiger allgemeinen Beweisregel nicht durchführen, ohne die gerichtliche Rechtsverfolgung, zum Nachtheil des Gemeinwohls, und zur Kränkung schuldloser Parteien, sehr zu erschweren. Und wenn sie nun von dem vorliegenden Fall gänzlich schweigen, so ist es einer doctrinellen Praxis nicht zu vergargen, wenn solche neben dem Begriff des Ungehorsams die gesetzliche Gunst der Rechtsverfolgung berücksichtiget und dem Geist der Gesetze angemessen findet, im Zweifel die Materie der Form nicht zu opfern [5]). Die zu der Beförderung der Proceßentwickelung angeordneten Fristen sind keine absoluten, sondern nur positive Wesentlichkeiten [6]), und sind, insoferne sie die Rechtsverfolgung beengen und abschneiden, im Zweifel als nicht vorhanden, folglich auch im Zweifel als nicht versäumt anzusehen [7]). Dieses entspricht nicht nur dem allgemeinen Princip, daß der Vortrag jeder Partei soweit möglich aufrecht erhalten, und zu ihren Gunsten erklärt werden muß [8]), sondern gehet selbst aus dem Begriff der Contumacia hervor. Solche ist doch wenigstens mit einer bewiesenen culpa bedingt, und man darf behaupten, in den Fällen, wo der Angeschuldigte, im Gefolge seines Ungehorsams, seine Rechtsverfolgung oder Vertheidigung, ganz oder zum Theil, verlieren, hierdurch aber sein Gegner einen, zum Schadensersatz nicht gehörigen, Vortheil d. h. Genuß einer Privatstrafe [9]), gewinnen soll, wohl mit dem dolus,

---

5) Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit subveniendum est. L. 183. D. 50. 17. L. 7. D. 4. 1.

6) Mein Handb. zu Martin's Lehrb. des teutschen gem. Proc. Thl. I. Abh. III. §. e. S. 54. f.

7) Odia restringi et favores convenit ampliari. Reg. 15. in 6to 5. 12.

8) L. 66. D. 5. 1. L. 96. et 172. §. 1. D. 50. 17.

9) Die Streitfrage hierüber ist bekannt. Martin in dem Lehrb. des gem. teutschen bürgerl. Proc. §. 117. Steffens, in diss. de contumaciae indole rel. Heidelberg 1817. In Hinsicht auf Grolman's Bemerkung, in der Theorie des gerichtlichen

oder einer diesem gleich zu achtenden culpa lata [10]). Wenn nun auch nicht jede fatua causa von dem dolus oder der culpa zu entschuldigen vermag [11]), wenn auch die Gesetze ausdrücklich sagen: non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit [12]), so setzen sie dabei doch voraus, daß die äußern factischen Merkmale des dolus oder der culpa als gewiß vorliegen, und schließen selbst in diesem Falle nicht aus, die dorther entspringende Vermuthung des Daseyns einer Schuld durch die Wahrheit solcher factischen Prämissen zu entkräften, welche einen Vernunftschluß auf das Abseyn der Schuld begründen [13]). Noch mehr muß also dieses in dem vorausgesetzten Fall zur Anwendung und der durch die Ungehorsamsbeschuldigung angegriffenen [14]) Partei zu Gute kommen, wo die Thatsache, „die Frist sey vor Einreichung der Frist abgelaufen," als ungewiß vorliegt und einer noch nicht vollbegründeter Vermuthung des Versäumnisses das Befinden der Schrift in dem Gewahrsam des Gerichts gegen über dem Angeschuldigten zur Seite tritt. Damit vereinige man, daß den Parteien, von Einzelnheiten abgesehen [15]), keinesweges zur Pflicht gemacht ist, sich Empfangscheine von dem Gericht ausstellen zu lassen [16]), daß auch eine

---

Verfahrens §. 130. not. 2. sey nur erwähnt, daß zwar keinesweges die litis cont. negativa, wohl aber der damit verbundene wichtige Verlust aller peremptorischen Einreden, die Strafe sey.

10) L. 7. pr. D. 7. 1. L. 2. et §. 8. in f. D. 2. 11. L. 53. §. 1. D. 42. 1. Cap. 1. in f. in 6to. 2. 15.

11) Gewöhnlich ist man hierunter in Bezug auf processualische Versäumnisse allzu mitleidig. M. s. Pufendorf, in obs. jur. un. T. I. obs. 31.

12) L. 199. D. 50. 17.

13) Selbst bei den eigentlichen Verbrechen gesetzlich. C. C. C. art. 143. Feuerbach, in dem Lehrb. des peinl. R. §. 571.

14) Man kann also auch hier sagen: im Zweifel ist für den reus und den zu erkennen, welcher einen Einbuß erleiden soll. L. 125. et 33. D. 50. 17.

15) z. B. bei der Appellation das Zeugniß deren Einwendung — die Apostel. Martin a. a. O. §. 276.

16) Der von Klüpfel hierzu angezogene Bischoff, in dem Lehrb. des d. Canzleistyls u. s. w. Thl. I. §. 433., spricht nur von außergerichtlichen Insinuationen. Ein Verhältniß, welches gar nicht hieher gehört und nicht die entfernteste Analogie zu begründen vermag! Wollte man der Partei gebieten, sie solle

solche Verordnung die größten Beschwerlichkeiten für das Gericht und die Parteien, und noch weit mehr Zweifel und Zwischenstreitigkeiten herbeiführen würde, als das Ungewisse, welches die nur in einzelnen Fällen sich zeigende Vernachlässigung des dem Gericht als Amtspflicht aufgegebenen Präsentatum veranlassen kann. Durch dessen Gebot, durch das Ernennen eines öffentlichen Zeugens, enthebt das Gesetz von selbst die Partei eines andern Beweises ihrer legalen Thätigkeit; und wenn nun das Gericht jene gesetzliche Fürsorge nicht beachtet, so kann man von der auf jene Weise sicher gemachten Partei wenigstens einen strengen Beweis ihrer Fristbeobachtung nicht fordern, sondern man muß sich mit der menschlichen Wahrscheinlichkeit begnügen, es könne die Schrift zu der gehörigen Zeit dem Gericht übergeben worden seyn. Befindet sich nun die Schrift in dem Gewahrsam des Gerichts, hat dieses wohl auf selbige verfügt, ohne eines Versäumnisses zu gedenken, so ist jene Wahrscheinlichkeit stark genug und zur Beseitigung eines ungewissen Formfehlers hinreichend begründet. Sie steigt aber noch höher in dem Fall, wenn Jahr, Monat und Tag, der Einreichung wirklich beurkundet ist, wann jener Tag noch in den Fristenlauf fällt, und nur die Stunde u. dgl. unbemerkt bliebe. Vorauszusetzen ist jedoch, daß die Schrift selbst kein jener Wahrscheinlichkeit entgegentretendes und sie aufhebendes Merkmal an sich trage, z. B. das Versäumniß nicht schon aus dem Datum hervorleuchte, welche von Seiten der Partei oder ihres Sachwalts selbst als Verfertigungszeit angegeben worden ist.

Dort führt also die Partei wirklich einen künstlichen Beweis [17]), und das strengste, was eine, das gerichtliche Präsentatum zu obigem Zweck beibehaltende, neue Gesetzgebung zur möglichsten Verhinderung der Argliß beifügen könnte, wäre, wie auch in der Praxis nicht unerhört ist, die Verpflichtung der des Ungehorsams bezüchtigten Partei, die zeitig geschehene

---

nicht von der Stelle gehen, bis eine Gerichtsperson das Präsentatum aufgeschrieben habe, so würde schon dieses die größten Verlegenheiten herbeiziehen.

17) Auch die einfache Vermuthung, die sogenannte praes. hominis, giebt einen Beweisgrund; Obgleich nun dieser selten einer vollen richterlichen Ueberzeugung zur Basis dienen kann, der Regel nach nicht einmal von der Beweislast befreiet, (Arch. Heft I. Abh. III. §. 5. nr. 2.), so ist doch zu bedenken, daß bei der summarischen Bescheinigung bloser Incident-Nebenpunkte der Richter sich oft mit einer juristischen Wahrscheinlichkeit begnügen muß. Martin, a. a. O. §. 228.

Digitized by Google

Ueberreichung eidlich zu erhärten [18]), wenigstens mittelst Angelöbniß an Gerichtshand zu betheuern [19]). Einer Restitution kann es erst dann bedürfen, wann das Versäumniß actengewiß vorliegt. Ob aber jene sich begründen lasse, hängt von ganz andern thatsächlichen Verhältnissen ab, und hat gar keinen Zusammenhang mit dem obenvorausgesetzten Zustand einer gänzlichen Ungewißheit des Ungehorsams und des Versäumnisses. Allenfalls in den Fällen, wo der Richter voraussiehet, die contumacirte Partei müßte selbst dann, wäre ein Versäumniß vorhanden, in den vorigen Rechtsstand wieder eingesetzt werden [20]), kann es rechtlich und räthlich seyn, auf diese Perspective gestützt, und die Restitution gleichsam als Entschädigungsgrund aussprechend, dem Incident-Streitpunkt ein Ende zu machen; so wie es jeder mit einer Ungehorsamsbeschuldigung angegriffenen Partei unbenommen bleiben muß [21]), direct oder eventuell auf Restitution anzutragen, vermag sie auch dieses Gesuch gehörig zu begründen.

---

18) Ein ähnliches jur. assertorium, welches zugleich einen Gefährdeeid in sich enthält, findet man als Bedingung des Gebrauchs vorgeblich neu aufgefundener Einreden, u. dgl., um den Anschein eines Versäumnisses zu beseitigen. R. Absch. v. J. 1654. §. 78. a. E.

19) Man könnte hier mit L. 2. §. 8. in pr. D. 2. 11. sagen: ex aequo et bono exceptio ei accommodanda est. Die, auf gesetzliche Nothfristen freilich nicht anwendbare, Proceßregel: contumacia non accusata non nocet, geht auch von dem Rechtsgefühl aus, daß im Zweifel ein Versäumniß nicht anzunehmen ist.

20) Glück, in der Erl. d. Pand. nach Hellfeld. Thl. V. §. 433. S. 401. f. ibi all. not. 14. Mevius, in Decis. P. I. dec. 134. et 218. P. V. dec. 382.

21) Daß subsidiarische Wesen der Restitution wird in der vorausgesetzten Lage eines ungewissen Streitpunktes kein Hinderniß werden. Vergl. Klien B. I. Abh. XVI. S. 213. d. Arch.

Digitized by Google

V.

Beiträge zum Wasserrecht.

Enthaltend

Resultate fortgesetzter Forschungen des Verfassers in der Lehre vom Eigenthum.

Von

Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

I.

Ueber die Benutzung der Bäche zum Nachtheil niedriger liegender Grundstücke.

Zwischen den fließenden Gewässern begründet ihre Größe auch in der Sphäre des Rechts einen sehr erheblichen Unterschied. Die größern oder simpliciter sogenannten Flüsse gehören zu den rebus publicis und zwar ohne Unterschied, ob sie schiffbar sind oder nicht; die Bäche hingegen befinden sich im Privateigenthum und bilden ein Accessorium der Grundstücke, die sie bewässern [1]). Bei solchen kleinen fließenden Gewässern fehlt es nicht an demjenigen, wodurch eine Sache des Eigenthums fähig wird, nämlich an der Möglichkeit, andre davon auszuschließen; sie können daher im Eigenthum der Einzelnen seyn, gleichwie die größern fließenden Gewässer im Eigenthum des ganzen Staats sind, dessen Gebiet sie durchströmen.

Da nun zwischen Flüssen und Bächen ein so erheblicher Unterschied ist, so ist es interessant, zu untersuchen, was ein

1) Ein Bach auf der Gränze zweier Grundstücken ist gemeinschaftlich; ebenso ein Gränzgraben L. 2. pr. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. Bapt. Aymus de alluvionum jure lib. 1. cap. 15. nr. 19. Indessen wäre es doch wohl eine hiervon noch zu unterscheidende quaestio facti, ob das Gebiet, was dem Bach zum Bette dient und ihn also einschließt, dem diesseitigen Grundstück angehöre oder dem jenseitigen — oder ob es zu beiden gehöre, also der Bach wirklich in confinio sey oder nicht.

Digitized by Google

Bach eigentlich sey und wodurch er sich von einem Fluß unterscheide.

Ein Bach ist bekanntlich ein kleiner Fluß, oder, wie der römische Jurist [2]) lehrt, ein Bach unterscheidet sich von einem Fluß durch die Größe. Dieses scheint aber nicht auszureichen; denn sehr natürlich wird man fragen, wie groß muß denn ein fließendes Gewässer seyn, damit es für einen Bach — flumen privatum — oder damit es für einen Fluß — flumen publicum — gelten könne? Weder kann es bei der Frage, ob ein fließendes Wasser Bach sey oder Fluß, darauf ankommen, ob das Wasser auf öffentlichen oder auf Privatgrundstücken entspringt oder durch Grundstücke der einen oder andern Art hinfließt, noch, ob es sich unmittelbar ins Meer oder in ein andres fließendes Gewässer ergießt; denn große Flüsse giebt es, die mit ihrem Wasser den Reichthum anderer vermehren, und Bäche hingegen, die ihren kleinen Beitrag unmittelbar an das Meer abliefern [3]). Das Natürlichste scheint zu seyn, es in

---

2) L. 1. §. 1. D. de fluminibus.

3) Wenn aber die Frage entsteht, ob das fließende Gewässer, was wirklich ein Bach ist, nicht auch möglicher Weise res publica seyn könne, so würde eine Bach, der auf einem öffentlichen Grundstücke seinen Ursprung nimmt oder ein solches durchfließt, das Schicksal seiner Hauptsache theilen und also insoweit, als er es in seinem Lauf berührt, res publica seyn. Auch sind Bäche, die aus einem öffentlichen Fluß kommen, indem er überwachsend in benachbarte Niederungen sich ergießt, wenn man solche Wasserzüge Bäche nennen kann, als Ausflüsse und Theile desselben, res publicae. Bei öffentlichen Flüssen zieht das Eigenthum des Bodens das Eigenthum des Gewässers nicht nach sich, sondern umgekehrt muß der Boden dem Fluß weichen. L. 1. §. 7. D. de flum. — impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. Aymus c. l. lib. 1. cap. 12. nr. 8. Und obwohl bei blossen Ueberschwemmungen das vom Fluß überschwemmte Land nicht res publica wird (L. 1. §. 9. D. de flum.), wird das Eigenthum des Landes durch die Ueberschwemmung doch suspendirt. Bei Privatgewässern hängt das Eigenthum an denselben vom Eigenthum des Bodens ab, über welchem sie sich, davon eingeschlossen, befinden. Aymus c. l. lib. 1. cap. 12. nr. 8. lehrt: Aqua privati juris solo cedit und beruft sich auf L. 69 D. de contrah. emt. Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, et circa eum lacum pedes decem: Quaero, nunquid (et) decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae juris sunt? Proculus respondit: Ego existimo, eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit; et circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt: nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius

Digitized by Google

dieser Hinsicht auf die Meinung des Volks ankommen zu lassen, wie dies auch zuerst von Ulpian geschieht; denn er lehrt:

Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium [4]).

Auf diese Meinung würde dann wohl aus dem Namen zu schließen seyn und ein Bach wäre also, was in der Gegend, wovon die Rede ist, ein Bach genannt wird.

Aber gleich darauf unterscheidet Ulpian flumina perennia, d. h. solche, die beständig, und flumina torrentia, d. h. solche, die nur zur Winterszeit fließen [5]). Er fährt darauf fort: Ein Fluß — flumen publicum — sey nach Cassius, dem Celsus beigestimmt, ein fließendes Gewässer, welches beständig fließe, und diese Meinung billigt Ulpian [6]).

Da hätten wir nun drei verschiedene Kennzeichen, Bäche von Flüssen zu unterscheiden — die Größe — die Meinung der Anwohnenden — die Beständigkeit des Laufs. In welchem Verhältniß stehen sie zu einander? Kömmt es in Collisionsfällen mehr auf die Größe oder auf die Meinung des Volks oder mehr auf den ununterbrochenen Lauf an? Ist etwa die Lehre des Cassius nur als eine allgemeine geologische Bemerkung anzusehen, die nur dann ihren Nutzen gewährt, wenn die andern Entscheidungsquellen uns verlassen und kömmt in der Sphäre des Rechts und in einzelnen Fällen zunächst und hauptsächlich die Größe und vor allen Dingen die Meinung der Anwohnenden in Betrachtung? Oder müssen alle jene Merkmale zusammentreffen, wenn die Frage entschieden werden soll, ob ein fließendes Gewässer ein Bach sey oder ein Fluß?

Alles wohl erwogen, scheint es, als wenn der zuerst von Ulpian aufgestellte Satz ihm selbst zu unsicher und schwankend erschien, und, indem er die Meinung des Cassius billigt, setzt er den vorher von ihm angegebenen Merkmalen, die auch

---

enum possidere debet, quam emit. Die Stelle beruht auf dem Grundsatz: ad non cogitata non est trahendus consensus (Westphal vom Kauf §. 31.) und beweist jenen Satz nicht, der dieses Beweises auch nicht bedarf.

4) L. 1. §. 1. D. de flum.

5) L. 1. §. 2. eod.

6) L. 1. §. 3. eod. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.

Digitized by Google

nicht ohne Werth sind, ein zuverlässiges, den Anschlag gebendes, Kennzeichen an die Seite.

Ein Fluß ist also ein beständig fließendes Gewässer (was dann perpetuam causam fluendi voraussetzt [7])) — wobei es jedoch nicht in Betrachtung kömmt, wenn er aus besondern Ursachen einmal versiegt; deshalb hört er nicht auf, ein Fluß zu seyn [8]). Hingegen ist ein Bach ein kleines, oftmals unbeständiges Gewässer, was im Sommer der Gefahr des Austrocknens nicht selten unterliegt. Dieses stimmt auch mit den Ideen der Geologen und mit der Erfahrung überein. Nothwendig scheint es nicht zum Wesen des Bachs zu gehören, daß er grade jeden Sommer versiegen und nur zur Winterszeit fließen müsse, wie man, nach dem Zusammenhange der oben angeführten Stellen, auf den ersten Anblick, zu glauben geneigt seyn mögte. Wenn Cassius lehrte, ein Fluß ist Wasser, was beständig fließt, setzt er doch nicht grade hinzu, ein Bach ist Wasser, was nur im Winter fließt. Wie Flüsse deshalb nicht aufhören, Flüsse zu seyn, wenn sie im Sommer einmal versiegen, so kann man auch wohl umgekehrt von Bächen annehmen, daß sie Bäche bleiben, wenn sie in diesem oder jenem Sommer nicht austrocknen. Es kömmt hier nur darauf an, was gewöhnlich oder häufig geschieht. Wie viele Bäche müßten aus der Zahl der Bäche vertilgt und den Flüssen beigezählt werden, wenn ein auf die Winterszeit beschränktes Fließen nothwendig zum Bach gehörte [9]).

Was nun die Bäche selbst betrifft, so finde ich, daß über das Recht, sie zu benutzen, unsre Rechtsgelehrten abweichende Meinungen hegen und es ist wohl der Mühe werth zu untersuchen, welche Ansicht die richtige sey.

Ich halte dafür, dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstückes stehe das Recht zu, das Wasser im Bach, der über sein Grundstück fließt, nach Gefallen zu benutzen, es im Lauf aufzuhalten, die Richtung desselben zu verändern, ja es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstückes ganz zu entziehen, ohne daß er daran durch ein dem Letztern auf dies Gewässer vermeintlich zustehendes Recht gehindert würde. (Höher liegend wird das Grundstück natürlich genannt, weil die Erde dorthin, wohin ein Gewässer fließt, nothwendig sich neigen muß). Es ist daher, nach meinem Ermessen, vollkommen wahr,

7) Bapt. Aymus de alluvionum jure lib. 1. cap. 15. nr. 15.

8) L. 1. §. 2. D. de flum.

9) Von einem Bach ist ein Graben leicht zu unterscheiden, als welcher der Kunst sein Daseyn verdankt. Fossa est receptaculum aquae, manu facta. L. 1. §. 5. D. ut in flum. publ.

Digitized by Google

was Mevius [10]) lehrt: wenn an einem öffentlichen Fluß zwei Mühlen liegen, so ist dem Besitzer der höher liegenden nicht verstattet, irgend etwas vorzunehmen, wodurch die Benuzung des Wassers für den Besitzer der andern Mühle verringert wird; anders ist es bei Bächen als Privatgewässern; diese darf der Besitzer der oberhalb liegenden Mühle, wie es ihm gefällt, benuzen, obgleich dadurch dem unterhalb wohnenden Mühlenbesitzer Vortheile entzogen werden, die er schon von jeher genossen. Licet superiori domino, fährt er fort, aquam retinere et in suos usus insumere vel etiam alias in fundum suum avertere, etsi inde damnum sentiat inferius molendinum, cujus domino nihil juris est in illam aquam, quam superior praeoccupavit. Ex quo propria ejus fit et arbitrii sui, quomodo aqua tanquam sua uti velit.

Eine besondere Entscheidung der gegenwärtigen Frage findet sich in den römischen Gesetzen nicht; daß aber die obige Beantwortung derselben diesen Gesetzen gemäß sey, ist leicht zu zeigen.

Zuerst liegt dies schon in einer, auch von Mevius angeführten Stelle, wornach der Eigenthümer das Wasser, was auf dem Grundstück des Nachbarn hervorquillt, auf dem Seinigen aber den Ursprung hat, durch Eröffnung der Wasseradern ihm entziehen darf [11]).

Dagegen wird eingewandt, die Stelle sey nur von Abgrabung oder Abschneidung unterirdischer Wassergänge und Adern zu verstehen, nicht aber von fließenden Gewässern. Von jenen spricht sie freilich zunächst nur; aber, ob das Wasser sich unter oder ob es sich über der Erde bewegt, was kann das für einen Unterschied machen? Eben so wenig kann dies in Betrachtung kommen, als die schnellere oder langsamere Bewegung desselben.

Auch giebt es eine Stelle des Codex, welche vom Wasser überhaupt spricht, welches der Eigenthümer auf seinem Grundstück stauen und dadurch verhindern dürfe, daß das Grundstück des Nachbarn dadurch bewässert werde, es sey denn, daß ihm oder seinem Grundstück eine entgegenstehende Servitus constituirt ist [12]). — Andre Stellen, die weder dafür, noch dagegen beweisen, übergehe ich. —

---

10) P. 4. dec. 39.

11) L. 21. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

12) L. 10. C. de serv. et aqua. Si tibi servitutem aquae ducendae deberi Praeses animadverterit, nec hac te non

Will man es aber dennoch zweifelhaft finden, ob diese Grundsätze wirklich auch von Bächen gelten, obwohl die letzte Stelle eben nur von Bächen verstanden werden kann, so wird es an andern Gründen nicht fehlen, welche diese Zweifel vollends zerstreuen.

Also zweitens. Das Wasser im Bach gehört dem Besitzer des Grundstückes, auf welchem es sich grade befindet, und er hat nicht nöthig, es auf das Grundstück des Nachbarn abfließen zu lassen, sondern kann es, wenn ich so sagen darf, auf dem Seinigen festhalten. Die Luft ist ein großes Meer und die Winde sind Strömungen in der Luft, und ebensowenig als ein Nachbar von dem andern fordern kann, daß er durch Anstalten auf seinem Gebiet den Luftzug nicht hemme [13]), kann er begehren, daß er den Lauf des Wassers nicht unterbreche. Ihm steht das Eigenthum des auf seinem Grundstück befindlichen Wassers zu, und erst dann, wenn es auf dem Grundstück des Nachbarn angekommen ist, hat dieser ein Recht darauf [14]). Von einem gemeinschaftlichen Eigenthum an dem Bach kann so wenig die Rede seyn, als von einem gemeinschaftlichen Benuzzungsrecht [15]).

Man hat nicht nöthig, das Eigenthum des Besitzers des höher liegenden Grundstückes an dem Wasser und das daher entspringende Benutzungsrecht, zum Nachtheil des Besitzers des tiefer liegenden Grundstuckes, aus dem Recht der Occupation und Präoccupation abzuleiten; ja, wenn sein Recht keine andre Stütze hätte, müßte es aufgegeben werden, denn von Occupation und Präoccupation kann hier die Rede nicht seyn. Hier handelt es sich vom Bach, als einem Ganzen, nicht aber vom vorbeifließenden Wasser und nicht von einzelnen kleinen Theilen desselben, die durch Occupation in das Eigenthum des Schöpfen-

---

utentem spatio temporis amisisse perspexerit, uti te iterum jure proprio providebit. Nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere, dominus fundi continere aquam et facere, quominus ager tuus irrigari possit, non prohibetur.

13) Meine Lehre vom Eigenthum §. 3 S. 16.

14) Dasselbe würde dann auch im Verhältniß des einen Staats zu dem andern anzunehmen seyn bei größern Flüssen, welche die Gebiete dieser Staaten durchströmen.

15) Dennoch legt ein solches Recht allen denjenigen bei, deren Grundstücke der Bach in seinem Lauf berührt, Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 143. Note 1.

den übergehen könnten [16]). Der Bach im Ganzen befindet sich, so weit er sein Grundstück berührt, schon im Eigenthum des Besitzers des Grundstückes, und sein Recht, darüber nach Gefallen zu verfügen, kann nicht besser gerechtfertigt werden, als durch den Ausspruch des Ulpian:

Nihil differt a caeteris locis privatis flumen privatum [17]).

Drittens. Der Prätor gibt verschieden: Interdicte, wodurch Anmaaßungen in Ansehung der Flüsse, Behinderungen des gemeinsamen Gebrauchs, der sämmtlichen Staatsbürgern zukömmt, verhütet oder unterdrückt werden sollen [18]). Sie beschränken sich auf (öffentliche) Flüsse, sie mögen schiffbar seyn oder nicht, gehen aber nicht auf Bäche oder Privatflüsse [19]). Der Grund ist bei der Hand. Bei Privatflüssen (Bächen) hat der Eigenthümer die gewöhnlichen Mittel, Besitz und Eigenthum gegen Anmaaßungen anderer zu vertheidigen; ein andrer aber hat in Ansehung derselben überall keine Rechte und also auch keine Rechtsmittel. Hier findet kein gemeines Benutzungsrecht der Staatsbürger Statt, wie bei öffentlichen Flüssen, dessentwegen der Einzelne berechtigt wäre, Klage zu erheben.

Da also, vermöge der Gesetze, der Eigenthümer über den Bach volle Macht und Gewalt hat, und, indem er sich derselben bedient, befugt ist, dem unterhalb Wohnenden das Wasser zu entziehen, so wird es rathsam seyn, daß Niemand eine Mühle am Bach anlege, bevor derjenige, durch dessen Gebiet der Bach ihm zuströmt, ihm nicht eine Servitus constituirt hat, daß er dem Wasser seinen Lauf lassen, es ihm wenigstens nicht ganz entziehen wolle, während es ihm vorbehalten bliebe, zur dürren Jahrszeit, beim Mangel hinlänglichen Wassers zur Treibung der eigenen Mühle, es einstweilen zu stauen, was unter diesen Umständen dem Besitzer der unterhalb liegenden Mühle auch nicht nachtheilig seyn würde. Unter dieser Einschränkung dürfte dann auch ein neues Gesetz der freien Dispositionsgewalt des

---

16) Ob überhaupt, was vom vorbeifließenden Wasser gilt, auf Bäche anwendbar und nicht vielmehr auf das Flußwasser zu beschränken sey? Das Letztere. Wenigstens erklärt Theophilus aqua profluens durch ἀένναον ὕδωρ (aqua perenniter fluens).

17) L. 1. §. 4. D. de flum.

18) Dig. lib. 43. tit. 12. 13. 14.

19) L. 1. §. 4. et 12. D. de flum. L. 1. §. 2. D. Ne quid in flum. publ. fiat. L. 1. §. 1. et 2. Ut in flumine publ. navigare liceat.

Eigenthümers der oberhalb liegenden Mühle, oder vielmehr, überhaupt dem Besitzer des oberhalb gelegenen Grundstückes, zum Vortheil der Besitzer unterhalb gelegener Mühlen, nur Schranken setzen können.

Der aufgestellte Satz, „daß der Besitzer des höher liegenden Grundstücks den Bach, der durch sein Gebiet fließt, nach Gefallen benutzen könne, ohne daß dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks, welchem der Vortheil des Wassers dadurch entzogen oder beeinträchtigt wird, ein jus prohibendi zusteht," dieser Satz leidet doch dann eine Ausnahme, wenn dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks auch das niedriger liegende gehört, und er es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks nur zur Benutzung eingeräumt, z. B. ihm die Wassermühle verpachtet hat. Vermöge des Contrakts ist er schuldig, ihm den usus rei zu gewähren [20]) und darf selbst nichts vornehmen, wodurch der Conductor an der Benutzung der Sache gehindert wird [21]). Freilich darf das auch ein Dritter nicht, und dieser hat dennoch nicht nöthig, sich solcher Handlungen zu enthalten, wodurch dem Besitzer per indirectum geschadet, oder ein bisher genossener Vortheil entzogen wird. Allein dieser steht auch nicht zu jenem in einem solchen Verhältniß, daß er verbunden wäre, ihm einen ungehinderten Gebrauch der Sache zu verschaffen.

Wenn endlich die Rede davon wäre, was in dieser Sphäre Rechtens seyn könnte, so wäre es vielleicht der Analogie nicht unangemessen, daß, gleichwie das Eigenthum der größern Ströme dem ganzen Staat zusteht, so daß jeder Staatsbürger sie, jedoch nicht mit Ausschluß des andern, benutzen darf [22]), das Eigenthum der Bäche auf ähnliche Art allen denjenigen beigelegt würde, deren Grundstücke sie durchfließen, dergestalt, daß jeder Anwohnende dies Geschenk der Natur genießen, keiner den andern davon ausschließen dürfte.

---

20) L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. D. Locati.

21) Arg. L. 15. §. 6. D. de usufr. Einen hieher gehörigen gegen den Eigenthümer und Verpächter entschiedenen Rechtsfall findet man bei Mevius a. a. O.

22) Mev. c l nr. 3. In fluminibus publicis, cum proprietate sint reipublicae, usu omnium, nihil a quoquam fieri debet, ut adimatur usus aliis.

Digitized by Google

II.

Gibt es bei Bächen ein Recht der Alluvion.

Nur öffentliche Flüsse haben das Recht der Alluvion, lehrt Aymus [1]). Hingegen Bäche haben es nicht.

An der Richtigkeit dieser Lehre zweifle ich. Die Gesetze beschränken das Recht der Alluvion nicht grade auf öffentliche Flüsse; sie sagen auch nicht, daß ein solches Recht bei Bächen nicht Statt finde. Nur so viel ist richtig, daß, wenn von dem Recht der Alluvion gehandelt wird, blos von Flüssen die Rede ist. Dies ist das Einzige, was jene Stellen, die Aymus anführt, ersehen lassen; einen andern Beweis für seine Lehre führt er nicht.

Wir können wohl glauben, daß unter dem Ausdrucke Fluß, wenn er simplicirter gebraucht wird, der Römer vorzugsweise versteht, was wir darunter verstehen, ein größeres fließendes Gewässer, also einen öffentlichen Fluß; wir wollen auch annehmen, daß grade in jenen Stellen dieses Wort in diesem Sinne gebraucht worden; — dennoch beweisen sie nicht, daß nur bei Flüssen das Recht der Alluvion Statt finden sollte, vielmehr würde die Regel hier Anwendung finden: unius positio non est alterius exclusio, und dieses um so mehr, da bei Bächen gewisse Arten der Alluvion gar nicht, andre nur seltner vorkommen können.

Irre ich nicht, so muß man nämlich, will man die aufgeworfene Frage richtig beantworten, zwischen den verschiedenen Arten der Alluvion unterscheiden. Verließe ein Bach sein Bette, oder entstände eine Insel in einem solchen kleinen Gewässer — angenommen, daß dieser Fall möglich wäre — so könnte von einem Recht der Alluvion die Rede nicht seyn; das verlassene Bette oder die Insel, als ein entblößter Theil des Bettes, würden den Anwohnenden nimmermehr jure alluvionis zu Theil werden; vielmehr, da das Bette eines Bachs nicht, wie das Flußbette, res publica, sondern privati juris ist, würden die Anwohnenden an dem entblößten Bette, oder dem entblößten Theil desselben, das Eigenthum nur fortsetzen, was ihnen vorher zustand.

Dagegen bringt es die Natur der Sache schon mit sich, daß, wenn ein Bach, der sich in confinio befände, dem Grundstück des Einen Land abschwemmte und es auf der Seite des Andern wiederum ansetzte, heimlich und unmerklich, der Letztere

---

1) De jure alluvionum lib. 1. cap. 15. nr. 1. Er beruft sich deshalb auf L. 7. §. 1. 3. 5. D. de acq. rer. dom.

durch Alluvion das Eigenthum des angeschwemmten Landes erwerben müsse. (Dieser Erwerb durch fließende Gewässer scheint dermaaßen natürlich zu seyn, daß, nur der Vollständigkeit des Systems wegen, desselben ausdrücklich erwähnt werden darf.) Und eben dies würde auch bei einem losgerissenen und dem Grundstücke des Andern zugetragenen Landstücke gelten müssen, nämlich nach der Coalition, gleichwie bei Flüssen. Freilich wird Avulsion bei Flüssen wohl nur selten, noch seltener bei Bächen vorkommen; die Möglichkeit läßt sich aber wohl nicht bestreiten, zumal wenn man erwägt, daß unter dem losgerissenen Landstücke jedes zu verstehen ist, was nicht unmerklich dem Lande des Einen entzogen und mit dem Lande des Andern in Verbindung gesetzt wird. Sollte hier deshalb kein Recht der Alluvion Statt finden, weil es ein Bach war, der die Alluvion und Avulsion bewirkte und kein Fluß? Weder die Größe des fließenden Gewässers, noch die Publicität desselben, kann auf diese Erwerbart von einigem Einfluß seyn. Vielmehr ist es die Alluvion an und für sich selbst und, insonderheit beim losgerissenen Landstück, die Coalition, welche das Eigenthum verändert.

Daher erklärt sich nun, weshalb die Gesetze, wenn sie bemerken, daß bei Seen und Teichen keine Alluvion Statt finde, von den Bächen schweigen, da doch diese, jenen gleich, im Privateigenthum sich befinden, und die Gelegenheit, ihrer mit zu erwähnen, so nahe lag. Zwar der Grund, den sie anführen, indem sie von Seen und Teichen sagen: terminos suos retinent — sie verändern ihre natürlichen Gränzen nicht, wenn gleich das Wasser im See steigt, auch wohl übersteigt, bisweilen fällt [2]), geben also und nehmen kein Land — paßt auf Bäche nicht; aber ebendeshalb paßt auch der Rechtssatz selbst nicht auf sie. Und, was namentlich den aufgeführten Unterschied zwischen den verschiedenen Arten, wie jure alluvionis (in weiterer Bedeutung) erworben wird, betrifft, wird dieser noch dadurch bestätigt, daß die Gesetze nur beim verlassenen Flußbette und bei der Insel, die im Fluß entsteht, theils ausdrücklich von öffentlichen Flüssen reden, theils sich solcher Ausdrücke bedienen, daß aus dem Zusammenhange erhellet, wie sie nur solche im Sinne hatten.

---

2) L. 12. pr. D. de acq. rer. dom. L. 21. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

Digitized by Google

III.

Von der Avulsion.

Ich habe in der vorhergehenden Erörterung als ausgemacht angenommen, daß die Avulsion zu den Arten gehöre, wie man jure alluvionis Eigenthum erwirbt. Doch finde ich, daß ältere Rechtsgelehrte diese Erwerbart entweder gar nicht kennen [1]), oder sie doch nur mit gewissen Einschränkungen zulassen.

An einem andern Ort [2]) habe ich darüber im Allgemeinen die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten vorgetragen. Diese stimmt auch mit der daselbst angeführten Pandectenstelle [3]) vollkommen überein und ich halte sie auch noch jetzt für richtig.

Doch ist die Sache einigen Zweifeln unterworfen, die ich hier kürzlich vortragen und beantworten will. Man wird dann zugleich den Grund erkennen, woher jene verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten rühren.

Jene Pandectenstelle ist die einzige, worin dieser Erwerbart Erwähnung geschieht; — die Lesart dieser Stelle ist grade in den entscheidenden Worten nicht über allen Zweifel erhaben; — der Codex schweigt davon; — und Justinian in den Institutionen. —

Justinian lehrt: was heimlich und unmerklich angeschwemmt wird, erwirbt der Herr (sogleich, setzt die gewöhnliche Theorie hinzu). Dann fährt er fort: Hat ein Fluß ein größeres Landstück Deinem Lande entzogen und dem Lande Deines Nachbarn zugetragen, so ist klar, daß Du Eigenthümer desselben verbleibst.

Es ist hier ein reiner Gegensatz zwischen der unmerklichen und der nicht unmerklichen Anschwemmung. Was dem Eigenthümer unmerklich entzogen wird, verliert er; was nicht unmerklich, behält er (nämlich, nach der gewöhnlichen Theorie,

---

1) Perez ad C. tit. de alluvion. nr. 3. Ihn verführte, wie es scheint, das Schweigen von L. 1. C. h. t. über diese Art der Abuvion. Dort heißt es: Quamvis fluminis naturalem cursum opere manu facto alio non liceat avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire, prohibitum non est. Et cum fluvius priore alveo derelicto, alium sibi facit: ager, quem circumit, prioris domini manet. Quodsi paulatim ita auferat, ut alteri parti applicet: id alluvionis jure ei quaeritur, cujus fundo accrescit. Perez bemerkt über diese Stelle: Dicit paulatim, quia si vis fluminis ex fundo alterius partem detraxit, eaque juncta fuerit et coaluerit fundo meo, remanet prioris domini, nec jure alluvionis occupatur.

2) In meinem Werk vom Eigenthum §. 26.

3) L. 7. §. 2. D. de acq. rer. dom.

vor der Hand noch, so lange keine Coalition geschehen ist). Theophilus in der Paraphrasis setzt grade den Grund, weshalb der Eigenthümer des losgerissenen Landstückes, was sich am Lande des andern gesetzt hat, (vor der Hand) das Eigenthum beibehält, darin, weil dies Ansetzen nicht unmerklich geschehen. (οὐδὲ γὰρ ἀνεπαισθήτως γέγονεν, — neque enim id sine cujusquam intellectu factum est).

So weit stimmen auch die Institutionen mit den Pandecten wörtlich überein.

Aber nun heißt es weiter in den Letztern.

Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse.

Hingegen in den Institutionen heißt es:

ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse.

Man hat die Lesart in den Institutionen verwerflich finden und, wie in den Pandecten, videtur — acquisita esse lesen wollen [4]). Hingegen haben andre sie für richtig gehalten und das videntur — acquisitae esse auf radices bezogen [5]).

In der That, die Lesart in den J. ist — völlig richtig und das videntur — wirklich auf radices zu beziehen. Justinian lehrt wirklich nur von den Bäumen, welche in dem Lande, woran das losgerissene Landstück sich gesetzt hat, Wurzeln geschlagen, daß in Ansehung ihrer das Eigenthum verändert wird; hingegen in Ansehung des losgerissenen Landstücks selbst lehrt er dies nicht. Die Paraphrasis des Theophilus setzt dies außer allen Zweifel, worin auch blos von den Bäumen, noch ausführlicher, wie in den J. die Rede ist, von welchen gesagt wird, daß sie demjenigen anheim fallen, aus dessen Boden sie Nahrung saugen. Von dem durch Anwurzelung der Bäume oder auf andre Weise veränderten Eigenthum des losgerissenen Landstücks herrscht auch hier ein tiefes Schweigen [6]).

---

4) S. m. Lehre vom Eigenthum, §. 26. Note 2.

5) Ebendaselbst.

6) Εἰ δὲ τὸ μέρος τὸ ἐκ τοῦ σοῦ ἀγροῦ ἀφαιρεθὲν, δενδροφόρον ἦν, καὶ τῷ ἐμῷ προσενεχθὲν ἀγρῷ ἐπὶ πλείονα χρόνον αὐτῷ προσεπάγῃ, καὶ τὰ δένδρα, ἃ ἐπεφύκετο, τὰς οἰκείας ἐξέτεινε ῥίζας, ὥστε τοῦ ἐμοῦ ἅψασθαι ἀγροῦ, ἐξ ἐκείνου τοῦχρόνου ταύτατῆς ἐμῆς γενήσεται δεσποτείας, ἐξοὺ λοιπὸν ἤρξατο τρέφεσθαι ἐκ τῆς ἐμῆς γῆς, οἷον τὰς ῥίζας ἔχοντα ἐν τῇ ἐμῇ γῇ. Nach der Uebersetzung von Reitz:

Es ist daher grade nicht ohne, wenn ein Erwerb dieser Art von Perez verkannt wird; vielleicht auch von Andern, von jenem nur weiß ich es. J. H. Böhmer [7]) lehrt wenigstens, es sey hier die bloße Coalition allein nicht genug, sondern es müsse die Nachlässigkeit des Eigenthümers hinzukommen, der sich um sein losgerissenes Landstück nicht bekümmere (negligentia domini, jus suum non continuantis, sind seine eignen Worte).

Indessen hat doch die gewöhnliche Lehre die Stelle der Pand. für sich, wovon man grade nicht sagen kann, daß sie mit der Stelle der J. in Widerspruch stehe. Denn beide stellen im Grunde verschiedene Sätze auf, die mit einander vereinbarlich sind. Es könnte blos die Abweichung der Stelle der J., wovon als ausgemacht anzunehmen, daß sie nicht verfälscht sey, Zweifel in Ansehung der Aechtheit der Pandectenstelle, oder vielmehr jener Worte derselben, worauf es hier ankömmt, erregen, wiewohl doch das videtur acquisita esse der Pandectenstelle zu dem Zusammenhange am Besten paßt, wohingegen in den J. die Bäume, an welche vorher Niemand dachte, nämlich als Gegenstand der Untersuchung, gleichsam vom Himmel herabfallen, auch eine andre Stelle der Pandecten — L. 9. §. 2. D. de damno infecto — mit jener übereinstimmt [8]).

Quod si pars ex agro tuo ablata, arborifera sit, meoque agro adjecta. longiori tempore ei adhaeserit, atque arbores, quas ferebat, ita suas extenderint radices, ut meum agrum contingant, illae ex eo tempore mei fient dominii. ex quo deinde e mea terra ali coeperunt, ut quae radices habeant in mea terra.

7) ad §. 21. J. de rer. div.

8) Haloander und die Vulgata, so wie das Rehdigersche Mscpt. der Florentina lesen auch videntur und acquisitae esse, s. die Note 42. in der Gött. Ausgabe des corp. jur. ad L. 7. §. 2. D. cit.; doch hat die im Text angeführte Lesart die Autorität der Florentina für sich. Es ist auch nicht zu übersehen, die Bemerkung des Scholiasten: ὁ μακρὸς χρόνος ἐστιν, ὅτε δύναται ριζῶσαι δένδρον (ein tempus longum ist (hier) soviel, als ein Baum nöthig hat, Wurzeln zu schlagen) wobei Fabrot (in der Note u. zu diesem Titel der Parapdr. des Theophilus, in seiner Ausgabe desselben, S. 158.) die Bemerkung macht: quasi ex quo arbores radices egerunt in fundum meum, pars illa unitatem cum fundo meo fecisse intelligatur: et tam igitur pars praedii, quam arbores, quibus est consita, praedio meo acquiruntur. Dies kann nebst dem, was die Glosse zu den Worten longiore tempore bemerkt, zugleich zur Bestätigung dessen dienen, was ich in meinem Werk vom Eigenthum a. a. O. über die Art, wie die Coalition

Aber freilich ist in der Letztern blos von einer Erdrinde, crusta terrae, welche auf das Gebiet des Nachbarn gefallen, und durch Coalition die Seinige geworden, die Rede. —

Vielleicht wendet man ein: Justinian habe durch die Stelle der J. das Recht der Pand. absichtlich verbessern wollen; deshalb sey jene vorzuziehen. Das möchte vielleicht auf den ersten Anblick so scheinen — indessen als ausgemacht könnte es höchstens nur dann angenommen werden, wenn beide Stellen wirklich einander entgegengesetzte Lehren enthielten.

Ja, folgt daraus, daß das Eigenthum der Bäume, sobald sie Wurzeln geschlagen haben, verändert wird, nicht schon, daß von diesem Zeitpunkt an, wie die Pandectenstelle lehrt, auch das Land selbst dem Eigenthümer der Bäume gehören müsse? Dürfte der Eigenthümer das Landstück selbst noch als das Seinige betrachten und es wiederum abholen, so würden ja auch die Bäume nicht zurückbleiben [9]). Und ist nicht jener Rechtssatz, wornach der Eigenthümer des größern Landstückes das damit vereinigte kleinere erwirbt, der Analogie des römischen Rechts angemessen?

Alles wohl erwogen, scheint es vielmehr, hier sey der zweite mögliche Fall vorhanden, nämlich, daß die Stelle der J. auf einem Mißverständniß der Pandectenstelle beruhe [10]). Dabei, denke ich, wollen wir uns — beruhigen.

IV.

Vom Wasserzufluß, welchen Jemand dulden muß.

Wir haben in den ersten Blättern dieser dem Wasserrecht gewidmeten Abhandlung gesehen, daß ein Nachbar dem Andern Wasser vorenthalten, ja es ihm gänzlich entziehen dürfe, welches, hätte man ihm seinen natürlichen Lauf gelassen, demselben zugeströmt seyn würde. Jetzt wird von ganz andern Dingen die Rede seyn, von entgegengesetzten.

---

beim losgerissenen Landstücke bewirkt wird, abweichend von der gewöhnlichen Theorie, gesagt habe.

9) Zur Noth könnte auch das Videntur und acquisitae esse, wenn in der Pandektenstelle wirklich so gelesen werden müßte, auf Beides bezogen werden. Die Glosse macht zu dem Wort acquisita die Bemerkung: dictae arbores et terrae.

10) Welches, wenn man annimmt, daß in den II. wirklich videntur und acquisitae zu lesen, diese Worte jedoch auf Beides zu beziehen sind, nämlich nach der Meinung des Cajus, von welchem die Pandektenstelle herrührt, um so leichter zu erklären seyn würde.

Digitized by Google

Wenn die Frage aufgeworfen würde: ob umgekehrt wohl der Nachbar verbunden sey, das Wasser auf seinem Grundstück zurückzuhalten oder es dort wegzuschaffen, damit das Grundstück des Nachbarn, z. B. sein Keller, nicht überschwemmt oder vom Wasser belästigt werde? so würde bei dieser Frage in Betrachtung zu ziehen seyn, was die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae lehren.

Der Eigenthümer eines Grundstücks muß es sich gefallen lassen, daß das Wasser von dem höher liegenden Grundstück seines Nachbarn auf sein niedriger liegendes abfließt; er kann so wenig verlangen, daß sein Nachbar den natürlichen Gang des Wassers hemme, daß er nicht einmal befugt ist, durch Anstalten auf seinem Grundstück das Wasser zu hindern, auf sein Grundstück zu kommen und darüber abzufließen. Es ist dies eine sogenannte natürliche Servitus welche stets dem niedriger liegenden Grundstück gegen das höher belegene benachbarte obliegt, ein incommodum, wie Ulpian lehrt, was in der natürlichen Lage der beiden Grundstücke gegründet, dem einen gegen das andre durch die Natur selbst aufgelegt ist [1]). Nur Veränderungen mit dem natürlichen Lauf des Wassers, zum positiven Nachtheil des Nachbarn, vornehmen, zuschicken, darf der Eigenthümer des höher liegenden Grundstückes dem niedriger liegenden das Wasser nicht, eben so wenig, wie dieser es jenem zurückschicken darf, als welches ein Zuschicken involviren würde; er darf z. B. keine Anstalten treffen, wodurch das Wasser, zu einem Strom gesammelt, auf das Grundstück des Nachbarn sich ergießt; daher ist ihm nicht erlaubt das corrivare aquam [2]). Hingegen, wenn der Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks nicht durch positive Thätigkeit dem Nachbarn schadet, wenn die natürliche Beschaffenheit seines Bodens es ist, welche dem Letztern durch Wasserzufluß Nachtheil zuwege bringt — cum ipsius loci natura nocet — steht, wegen eines solchen vitii soli, dem Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks kein Recht zu, von dem Eigenthümer des höhern Abstellung dieser Beschwerde verlangen zu können [3]). Bloße Unthätigkeit des Eigenthümers des höher liegenden Grundstücks kömmt nicht in Betrachtung — als nur dann, wenn positive Thätigkeit in Veränderung des natürlichen Laufs des Wassers vorhergieng, welche jetzt, vermöge dieser spätern

---

1) L. 1. §. 10. 13. 23. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

2) L. 1. §. 1. et 6. penult. D. eod. L. 3. pr. D. eod.

3) L. 1. §. 11. D. eod.

Digitized by Google

Unthätigkeit, dem Nachbarn, durch Wasserzufluß, Schaden verursacht [4]).

Diese Grundsätze, welche die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae aufstellen, sind doch keineswegs auf selbige, also nicht auf Ackerstücke oder Flächen, die von Gebäuden leer sind — nicht auf den Fall, si ager agro noceat — zu beschränken, noch auf das Wasser, was vom Himmel fällt. Hier liegt vielmehr das allgemeine Princip zum Grunde: ein Nachbar sey nicht schuldig, den natürlichen Gang des Wassers zum Vortheil seines Nachbarn zu ändern, oder ihn vor dem Wasser zu bewahren, dieser müsse es vielmehr dulden, daß das Wasser ihm zufließe, und jener dürfe es ihm nur nicht zuschicken oder auf das Gebiet desselben hinleiten, auch unbeabsichtigt nicht. Bei Gebäuden bedient man sich nur dieser besondern Art der Klage — der actio aquae pluviae arcendae — nicht, sondern man schützt die Freiheit des Eigenthums gegen die Anmaaßungen seines Nachbarn durch die actio negatoria [5]).

Daß jene Grundsätze allgemein, auf agros und Regenwasser nicht einzuschränken sind, dafür, scheint es, könne besonders folgende Stelle aus dem Titel der Pand., worin de aqua et aquae pluviae arc. act. gehandelt wird, als Beweismittel benutzt werden.

> Apud Trebatium relatum est, cum in cujus fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluviae arcendae actione; si tamen aquam conrivat, vel si spurcam quis immittat: posse eum impediri plerisque placuit [6]).

Nach dieser Stelle muß der Nachbar das Wasser, was von Natur ihm zufließt, aufnehmen; es ist dabei von keinem Regenwasser, sondern vom Quellwasser und, wie es scheint, auch nicht von leeren Flächen die Rede. Es scheint sogar, nach dieser Stelle, als könne ein Nachbar dem andern Wasser zuschicken; allein, eine nähere Betrachtung lehrt bald, daß unter dem: aquam in fundum vicini immittere, blos der natürliche

---

4) So erkläre ich mir L. 13. D. si serv. vind. Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo: et hae ruptae inundant parietem tuum: puto, posse te mecum recte agere, jus mihi non esse flumina ex meo in tuum fundum fluere.

5) L. 1. §. 17. D. de aqua et aquae pluv. arc. act.

6) L. 3. pr. D. h. t.

Digitized by Google

Gang des Wassers gemeint sey, was auf dem Grundstück des Walkers entsprang und auf dasjenige seines Nachbarn abfloß. Dieser Nachbar konnte es dem Walker nicht einmal wehren, an diesem Wasser eine Walkerwerkstatt anzulegen und das Wasser, getrübt von dem zum Reinigen gebrauchten Material, auf das Grundstück des Nachbarn laufen zu lassen; nur zusammenleiten oder Unrath hineinwerfen und auf solche Art den Nachbarn durch positive Handlungen in Schaden setzen, durfte er nicht.

Was kann es auch für einen Unterschied machen, ob das Wasser, was von Natur fließt, vom Himmel fällt oder aus der Erde hervorquillt, ob das Grundstück, woher das Wasser kömmt oder wohin es geht, eine leere Erdfläche oder ein Gebäude darüber befindlich ist [7]).

Besonders spricht dafür die Natur der Sache, und der Umstand, daß, abgesehen von Verträgen, die nur den Paciscenten und seinen Erben binden würden, es überhaupt keine Verbindlichkeit giebt, wodurch ein Nachbar genöthigt wäre zum Vortheil des andern positiv thätig zu seyn. Zum Unterlassen kann wohl ein Nachbar verbunden seyn gegen den andern, nämlich, er darf nichts vornehmen, wodurch er in das Eigenthum des andern eingreift — und selbst solcher Handlungen muß er sich enthalten, wozu er, vermöge seines Eigenthums, an und für sich berechtigt wäre, wenn ihm das Recht einer Servitus, die dem benachbarten Grundstücke zusteht, im Wege steht; aber selbst eine solche kann ihm im gegenwärtigen Fall die Hände nicht binden, nämlich sie kann ihn nicht verpflichten, das Wasser fortzuschaffen oder es zu hindern, daß es sich nicht auf das Grundstück des Nachbarn ergieße, da die bekannte Natur der Servituten es mit sich bringt, daß sie nicht in faciendo bestehen können.

Endlich werden auch jene Principien, welche die Gesetze bei Gelegenheit der actio aquae pluviae arcendae aufstellen, keinesweges als solche gegeben, die dieser Klage eigenthümlich sind. Ueberhaupt beruht die actio aquae pluviae arcendae, wenn gleich bei selbiger einige singularia vorkommen, in ihren Hauptgrundsätzen doch eben nicht in jure singulari.

Wenn also auf dem Gebiet des A. auf der Fläche, worüber sein Haus steht, z. B. in seinem Keller, Wasser aus der

---

7) Bei Gebäuden hat freilich ein Nachbar nicht das Recht, das Wasser von seinem Dach tropfenweise oder in Rinnen gesammelt auf das Gebiet des Nachbars fallen zu lassen, aber dieses Wasser fließt dem Letztern auch nicht von Natur zu, sondern wird ihm durch die Existenz des Gebäudes oder der sonstigen Anstalt zugeschickt, oder auf sein Gebiet hingeleitet.

Digitized by Google

Erde hervorquillt oder in demjenigen seines Nachbarn A., von woher es dem Seinigen mitgetheilt wird, und das Wasser sich nach dem Keller des E. hin verbreitet; — so kann der Letztere weder von seinem nächsten, noch von seinem entferntern Nachbar begehren, daß er das Wasser von dort wegschaffe, sondern er muß dies Ungemach so gut ertragen, wie jedes andre, was in der natürlichen Beschaffenheit des Bodens oder der Lage seines Grundstücks gegründet ist. Er muß sich davon zu befreien suchen, so gut er kann, nämlich es, wenn es auf seinem Gebiet angekommen ist, selbst fortschaffen — oder sich von seinem Nachbarn eine Servitus bestellen lassen, vermöge deren dieser dulden soll, daß jener auf sein Gebiet kommen oder eine Anstalt daselbst haben dürfe, um das Wasser von dort wegzuschaffen.

Eine Ausnahme würde vielleicht dann zu machen seyn, wenn sich beweisen oder ausmitteln ließe, daß durch Aufgrabung des Kellers das Wasser dorthin geleitet sey und selbiges außerdem diesen Gang nicht genommen haben würde; — was aber, da das Erdreich meistens von der Art ist, daß es Wasser durchläßt, wenigstens nicht wahrscheinlich ist. Vielmehr scheint umgekehrt wahrscheinlich zu seyn, daß durch den dadurch bewirkten leeren Raum jene Last für den Nachbar verringert worden.

VI.

Ueber die Elemente des Concurs-Processes und die Eröffnung desselben von Amtswegen.

Vom

Regierungsrathe Lotz, zu Coburg.

Unter den Lehren, worüber unsere Proceßtheorien und Proceßgesetzgebungen noch nicht ganz im Klaren sind, verdient gewiß die Lehre von der Eröffnung des Concurs-Processes nicht die letzte Stelle. Nach der gewöhnlichen Darstellung geht der Concurs-Proceß hervor, entweder 1) aus einer Erklärung des

Digitized by Google

Gemeinschuldners, daß seine Habe zu Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht hinreiche, ihm wenigstens nicht auszureichend scheine, und verbunden mit einer Ueberlassung seines Vermögens an seine Gläubiger; oder 2) aus einem Erkenntnisse des Richters, das jene Unzulänglichkeit ausspricht und den Gläubigern die gesammte Habe ihres Schuldners zur gesetzmäßigen Vertheilung unter sich anweißt. Dieses Erkenntniß des Richters ruht aber nach der gewöhnlichen Darstellung auf einer gedoppelten Vorbedingung. Entweder a) sind es die Gläubiger, auf deren Anträge es erfolgt, oder b) es spricht sich in ihm ein Act der Thätigkeit des Richters von Amtswegen aus. Vorzüglich bei dem letzten Puncte scheinen mir nun unsere Proceßtheorie und Gesetzgebung noch die Berichtigung zu verdienen, der die gegenwärtige Betrachtung hauptsächlich gewidmet ist.

Die Hauptidee, welche bei dem Concurs-Proceße, er mag veranlaßt worden seyn durch eine Güterabtretung von Seiten des Gemeinschuldners, oder durch ein richterliches Erkenntniß, in einem Falle wie in dem Andern, zum Grunde liegt, — diese Hauptidee ist meiner Ansicht nach doch immer nur die: „ein Verfahren herzustellen, das auf der einen Seite die richtige und gesetzmäßige Vertheilung der Habe des Gemeinschuldners unter die wider ihn aufgetretenen Gläubiger fördert, auf der andern Seite aber jedem Gläubiger Sicherheit gewähren möge, gegen die Gefahr, dasjenige, was ihm von der Habe des gemeinen Schuldners auf seine Forderung geworden seyn mag, von andern, vielleicht mehr oder gleich berechtigten, Gläubigern in Anspruch genommen zu sehen. Diese Hauptidee und deren consequente Verfolgung aber heischt offenbar weiter nichts, als daß der Richter bei der Eröffnung eines jeden Concurses den sämmtlichen Gläubigern des Gemeinschuldners Anlaß und Gelegenheit gebe, ihre Ansprüche auf die Habe des gemeinen Schuldners, der Vorschrift der Gesetze und dem Gange der Ordnung gemäß, gerichtlich betreiben zu können. Keineswegs aber erfordert die Verfolgung jener Hauptidee, das unmittelbare und selbstthätige Eingreifen des Richters in die Rechte und die

Digitized by Google

Freiheit der Gläubiger, das im Wesen des Concurs-Processes, nach der gewöhnlichen Darstellung desselben, sich als einen auffallenden characteristischen Bestandtheil der richterlichen Thätigkeit offenbart. Um jene Hauptidee zu verfolgen, muß nun zwar der Richter in jedem Concurs-Processe, er mag aus dem einen vorbereitenden und ihn bedingenden Acte hervorgegangen seyn, oder aus dem andern, die gesammte Habe des gemeinen Schuldners in gerichtliche Obhut nehmen, und den Gläubigern erhalten, was sich ihnen nur immer erhalten läßt; darum muß er ferner alle und jede, die auf diese Habe oder auf einen Theil derselben Ansprüche zu haben sich berechtigt halten, zu gerichtlichen Darlegung und Verfolgung dieser Ansprüche auffordern, und die zu dem Ende im Concurs-Processe üblichen Edictalien erlassen; und haben sich die Gläubiger gemeldet und ihre Ansprüche nachgewiesen, die vorhandene Habe selbst, nach der Wesenheit dieser Ansprüche und der gesetzlichen Rangordnung derselben, unter jene vertheilen. Allein mehr als dies zu thun, liegt außerhalb der Sphäre der richterlichen Gewalt, und kommt dem Richter auf keinen Fall zu, wenn er die Gränzen seiner Amtsbefugnisse nicht auffallend überschreiten will. Auf jeden Fall liegt es unter allen Umständen ganz und gar nicht innerhalb des Kreises der richterlichen Befugnisse, irgend einen Gläubiger zur Verfolgung seiner Ansprüche gegen den gemeinen Schuldner und die Concursmasse dann nöthigen zu wollen, wenn der Gläubiger es vielleicht für gerathener finden sollte, mit seinen Ansprüchen lieber zurückzubleiben, und seine Forderung entweder stillschweigend ganz und gar aufzugeben, oder einen Zeitpunkt abzupassen, wo er auf eine leichtere, zuverlässigere und vollständigere Art zu dem gelangen zu können hofft, dessen Erlangung ihm die Lage des Concurs-Processes problematisch machen mag [1]). Nichts aber, als eine solche Nöthigung spricht sich in der letzten Analyse in der Eröffnung des Concurs-Pro-

1) Man vergl. von Trütschler, die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger (2te Aufl.) S. 15.

cesses aus, wenn sie der Richter von Amtswegen verfügt, und jede solche Eröffnung ist daher, meiner Absicht nach, nicht nur eine an sich unzulässige, sondern sogar, genau betrachtet, selbst eine widerrechtliche Handlung des Richters. Soll dieser Vorwurf die richterliche Thätigkeit bei Eröffnung des Concurs-Processes nicht treffen, so kann die Eröffnung dieses Verfahrens nur in den beiden Fällen eintreten, wenn entweder der Gemeinschuldner seine Habe seinen Gläubigern abgetreten hat, oder diese auf Eröffnung des Concurs-Processes angetragen haben; eine Eröffnung des Concurs-Processes von Amtswegen aber giebt es nicht. Zwar meint man ein solches Einschreiten des Richters von Amtswegen durch die Bemerkung rechtfertigen zu können: der richterlichen Gewalt schon an sich betrachtet liege es ob, bei einem überschuldeten Vermögen jedem Gläubiger nur so viel zuzusprechen, als die Coexistenz der übrigen Gläubiger verstattet [2]). Man meint die gewöhnlichen Mittel, wodurch ein Schuldner zur Bezahlung seiner Gläubiger angehalten werden könne, fielen weg, sobald mehere Gläubiger entweder schon da sind, oder Kentniß derselben dem Richter beiwohnt, und die Insolvenz des Schuldners dem Richter bekannt wird. Man glaubt, in einem solchen Falle dürfe der Richter weder mehr Zahlungsbefehle erlassen, noch Auspfändungen vornehmen, noch endlich zu einer particularen Immission schreiten. Ja man geht sogar zu der Behauptung über: thue der Richter dieses destoweniger, so mache er sich den Gläubigern verantwortlich, und diese könnten auf Vernichtung dieses ihren wohlerworbenen Rechten nachtheiligen Verfahrens antragen; denn in dem Augenblicke, wo es sich zeigt, daß das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger ausreicht, erhalten diese — nach dem gewöhnlichen Raisonnement — ein wohlerworbenes Recht, daraus, mit Hinsicht auf die in den

2) Danz Grundsätze der summarischen Processe vermehrt und zum Theil umgearbeitet von Gönner S. 219.

Gesetzen angeordneten Vorzüge ihrer Forderungen, befriedigt zu werden; und dieses Recht, meint man, dürfe am allerwenigsten von dem Richter außer Augen gesetzt werden [3]). Indeß die Unzulänglichkeit dieses Raisonnements dringt sich wohl von selbst auf, wenn man sich die Mühe nimmt, es etwas genauer zu prüfen, als dieses gewöhnlich geschieht. Die Pflichten, die man dem Richter hier auflegt, liegen offenbar nicht in dem Kreise seiner Verpflichtungen. Er ist zwar vermöge seines Amtes dazu instruirt, Jedem zu seinem Rechte, und also auch jedem Gläubiger zu seiner Rechtsforderung zu verhelfen, der seine Hülfe desfalls anspricht; allein zu einem Garanten des allgemeinen Kredits und der Rechtsansprüche, die Burger an Bürger machen mögen, — zu dem diese Darstellung der Concursproceßtheorie den Richter macht, — dazu kann ihn wohl Niemand machen, der den eigenthümlichen Character aller richterlichen Thätigkeit nicht ganz unbeachtet lassen und vernichten will. Unsere Privatrechts-Gesetzgebung ruht durchaus nicht auf der Idee, daß der Richter der Garant aller Ansprüche seyn solle, die Bürger an Bürgern zuständig seyn mögen; sie ruht vielmehr auf der ganz entgegengesetzten Maxime; jedem liegt es ob, sich seine Ansprüche an Andere durch eigene Thätigkeit zu wahren, oder, wie unsere Juristen diese Idee gewöhnlich auszudrücken pflegen, auf der Maxime: vigilantibus jura sunt scripta. Wohin würde es auch führen, wollte man das oben angegebene Raisonnement in seiner möglichsten Strenge und Consequenz verfolgen, und durchführen? würde nicht wohl in hundert Fällen neunzig Mahl der Arm des Richters durchaus gelähmt seyn, bei der Vollstreckung seiner Erkenntnisse, sollte der Richter bei jeder Hülfsvollstreckung mit der Umsicht, die man in dem angegebenen Raisonnement von ihm fordert, sich die Frage vorlegen müssen: wird die Vollstreckung des Er-

3) M. vrgl. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 517.

kenntnisses nicht diesen oder jenen beeinträchtigen, der vielleicht ähnliche Ansprüche an den Schuldner zu machen hat, wie die des Gläubigers seyn mögen, der jetzt grade auf die Execution dringt? So menschenfreundlich es auch klingen mag, den Richter zum Garanten des allgemeinen Credits zu machen, so irrig ist diese Lehre. Mag es auch seyn, daß der Richter jedem Gläubiger des überschuldeten Gemeinschuldners nur so viel zusprechen kann, als die Coexistenz der übrigen im Concurse aufgetretenen Gläubiger gestattet. Auf keinen Fall läßt es sich doch rechtfertigen, im Falle der erscheinenden Unvermeidlichkeit der Eröffnung des Concurses den Richter gleichsam zum Depositar des Gemeinwillens aller Gläubiger eines Schuldners zu machen, und ihm schon von Amtswegen die Verbindlichkeit aufzuerlegen, nur so lange in Realisirung einzelner Ansprüche vorzuschreiten, als er nicht besorgen darf, hierdurch andern Gläubigern zu schaden [4]); eine solche Attribution ist selbst in diesem Falle dem Richteramte nicht minder fremd, als dem Geiste unserer ganzen Gesetzgebung.

Nicht als Garant des allgemeinen Credits, nicht als officieller Fürsorger für die Ansprüche, welche Bürgern an Bürger zuständig seyn mögen, erscheint der Richter, selbst da, wo er die Gläubiger eines Schuldners, der sich für zahlungsunfähig erklärt und seine Habe seinen Gläubigern abgetreten hat, mittelst der in diesen Fällen nöthigen Edictalladung zur Angabe und zum Nachweis ihrer Forderungen aufruft. Dieser Aufruf geht aus ganz andern Elementen und Bedingungen hervor, als aus der angedeuteten Garantie. Die Nothwendigkeit des Aufrufs geht hervor aus der Unbekanntschaft des Richters mit dem Umfange der Schulden, die ein solcher Schuldner haben mag; aus der Unzuverlässigkeit der Angaben des Schuldners; aus der Schwierigkeit und Unsicherheit des Vertrauens auf diese Anga-

4) Dieß ist die Grundidee, auf welche von Gönner seine Concursproceßtheorie baut. M. vrgl. dessen Handbuch des gemeutschen Processes. Erste Aufl. B. I. S. 555.

Digitized by Google

ben; und aus der Verbindlichkeit des Richters, zu seiner eigenen Sicherheit und Deckung den Individuen nachzuforschen, denen er die Habe des Schuldners ausantworten soll.

Nicht um der Gläubiger willen, nicht dazu, daß jeder von diesen erhalte, was ihm nach der Vorschrift der Gesetze von der Habe des gemeinen Schuldners gebühren mag, nicht um deswillen erläßt der Richter in dem angedeuteten Falle die Edictalladungen, und eröffnet damit den Concurs, sondern die Edictalladungen werden in diesem Falle erlassen zu seiner eigenen Sicherheit, damit das vom gemeinen Schuldner ihm anvertraute Gut demjenigen zukomme, welchem es der gemeine Schuldner eigentlich abgetreten hat; damit es nicht komme in fremde unberechtigte Hände, und der Richter nicht in Anspruch genommen werde von ihm unbekannten Gläubigern, welche er vielleicht bei seiner Vertheilung der Masse übergangen haben mag; denn keine Frage ist es wohl, der Richter würde jedem bei der Vertheilung übergangenen Gläubiger verantwortlich seyn, wollte er bei der Vertheilung nicht mit der möglichsten Umsicht verfahren, und hätte er durch die in diesem Falle zu erlassenden Edictalien nicht alle aufgefordert, sich mit ihrer Forderung bei ihm zu melden.

Aber was der Richter zu thun hat, um gegen etwaige Ansprüche unbekannter Gläubiger in dem eben angedeuteten Falle sicher zu seyn, dasselbe liegt dem Gläubiger ob, der aus der Habe seines verschuldeten Schuldners mit Sicherheit zu seiner Befriedigung zu gelangen wünscht; denn nie zu denken ist an irgend eine Sicherheit des Gläubigers, der in irgend einen Theil oder in die ganze Habe seines Schuldners auf den Grund eines richterlichen Erkenntnisses eingesetzt wurde, so lange er sich noch nicht vergewissert hat, daß nicht noch andere Gläubiger vorhanden sind, die gleich gegründete, oder noch vorzüglichere, Ansprüche auf das Gut haben mögen, das man ihm zu seiner Befriedigung zugetheilt haben mag [5]); und dennoch kann

5) M. vergl. mit dieser Andeutung von Trützschler a. a. O. S. 9. folg.

es einem nicht ganz unverständigen Gläubiger zuverlässig nicht blos nur darum zu thun seyn, von seinem Schuldner eine nur blos provisorische Befriedigung zu erhalten, und es dem guten Glücke zu überlassen, ob sich nicht noch nach der Execution und nach erfolgter Immission des Gläubigers vielleicht Jemand finden mag, der auf den Grund älterer oder mehr begründeter Ansprüche ihm das wieder wegnimmt, was er zu seiner Befriedigung sich oft mühselig und kostspielig genug angeeignet haben mag; sondern wer befriedigt seyn will, will immer in der Regel definitiv befriedigt seyn, und daß alle gegen einen Schuldner in einem Concursprocesse aufgetretenen Gläubiger hier ihre definitive Befriedigung erhalten, ist der Endzweck des ganzen Concursverfahrens, seiner ganzen Institution nach in allen Stadien seines Ganges [6]).

Faßt man aber den angedeuteten Gesichtspunct ins Auge, so wird man wohl mit mir die Ueberzeugung theilen müssen, der ganze Concursproceß, so wie er sich bei unsern teutschen Gerichtshöfen im Laufe der Zeit ausgebildet, ruht auf keinen andern Elementen, als nur auf denjenigen, auf welchen die Aufforderung zum Klagen überhaupt ruht. In seiner Einleitung überhaupt spricht sich nichts weiter aus, als eine eigene Art des Provocationsprocesses [7]), abzweckend, bei der von dem gemeinen Schuldner geschehenen Ankündigung seiner Zah-

6) Angedeutet habe ich diese Idee bereits in meiner Recension von Gönner's Entwurf des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten in der Jenaischen A. L. Z. 1818. nr. 136.

7) M. vergl. mit dem hier gesagten L. 10. Cod. de bonis auctor. jud. possid. Für die dort von Justinian ausgesprochene Beschränkung der Theilnahmsbefugnisse der erst nach Immission eines Gläubigers aufgetretenen Gläubiger des gemeinen Schuldners wird ausdrücklich der Grund aufgeführt, ut non in perpetuum aliorum negligentia illi, qui pro suis debitis alacriores debitoribus aliis ostenduntur fuisse, praegraventur. Doch war freilch der Weg, den in der angegebenen Sanction Justinian einschlug, nicht ganz der geeignete.

lungsunfähigkeit, und der damit verbundenen Ueberweisung seiner Habe an seine Gläubiger, auf möglichst sichere und vollständige Vertheilung derselben an seine Gläubiger; bei der Eröffnung desselben auf Betrieb eines oder des andern Gläubigers hingegen, auf Sicherstellung dieses Gläubigers gegen unbekannte Ansprüche anderer, entweder gleich oder mehr berechtigter, Gläubiger. Blos nur diese Ansicht ist es, die in das ganze Concursproceß-Verfahren klaren Sinn, und die nöthige feste Haltung und Consequenz zu bringen vermag. Blos diese stellt den Richter dabei auf den, seinem richtigen und natürlichen Wirkungskreise angemessenen Standpunct; blos nur diese bringt in die Verhältnisse der aufgetretenen Gläubiger, sowohl unter sich, als in Beziehung auf die Nichtaufgetretenen, die erforderliche Planmäßigkeit und Regelmäßigkeit, und rechtfertigt insbesondere das Präjudiz für die Ausschließung der nicht erscheinenden Gläubiger, welche die Edictalladung stets ankündiget [8]). Dabei erscheint der Richter nie auf eine, seiner eigenthümlichen Wesenheit fremde Weise als Stellvertreter und Agent der vor ihm rechtenden Parteien, sondern er bleibt in seiner richterlichen Sphäre. Er erscheint nicht und handelt nicht als Depositar des allgemeinen Willens der Gläubiger, wozu ihn die vorhin angedeutete irrige Grundidee macht, sondern er erscheint als Richter im eigentlichen Sinne des Worts, als die öffentliche Behörde, welche die streitigen Ansprüche der aufgetretenen Gläubiger auf das Gemeingut, auf die Habe des Schuldners, beurtheilt und gesetzmäßig entscheidet, und Jedem von jenem Gemeingut zutheilt und zuspricht, was ihm davon nach den Bestimmungen des Gesetzes rechtlich zukommt. Die einzige Rolle,

---

8) Nicht mit Grunde tadelt daher Gönner a. a. O. S. 549. die preußische Gesetzgebung, welche in der Allg. G. O. für die preuß. Staaten Thl. I. Tit. 50. §. 2. den Grundsatz feststellt, zu Eröffnung des Concursproceß.s ist ein Andringen der Gläubiger auf den gerichtlichen Beschlag seiner Habseligkeiten erforderlich.

Digitized by Google

welche der Richter neben der eigentlichen Uebung seines Richteramts spielt, die aber diesem Amte ganz und gar nicht fremd ist, ist die eines Depositärs der Gütermasse, um deren Vertheilung die Gläubiger unter sich streiten. In dieser Beziehung erscheint er als die obervormundschaftliche Behörde, und als der Aufseher des etwa angestellten Güterpflegers, nicht aber, wie man ihn nach der gewöhnlichen Darstellung ansehen möchte, als der Obervormund der um die Güter streitenden Theile, der auf die erlassene Edictalladung aufgetretenen Gläubiger. Und was den Contradictor betrifft, so spielt dieser bei dieser Darstellung nicht, wie man ihn bei der gewöhnlichen Ansicht etwa anzusehen geneigt seyn möchte, die Rolle des dem erkennenden Richter vorarbeitenden Instruenten, sondern er bleibt in seinem natürlichen Verhältnisse — in dem des Sachführers der Parteien, der eines Theils den gemeinen Schuldner gegen ungegründete Forderungen einzelner Liquidanten zu vertreten und zu sichern sucht, andern Theils das Interesse der auf die Provocation aufgetretenen Gläubiger gegen diejenigen wahrt, die sich mit rechtlich nicht begründeten Forderungen etwa zudrängen möchten, und in den Kreis der Gläubiger treten, und an der zu vertheilenden Masse Theil nehmen wollen, ohne dazu berufen zu seyn, und rechtlich begründete Ansprüche zu haben. Bewahrt bleibt hierbei die oben angedeutete Maxime unserer privatrechtlichen Gesetzgebung: vigilantibus jura sunt scripta, und der Richter sieht sich sein gesetzmäßiges Vorschreiten gesichert, ohne Gefahr für Ansprüche von Seiten der Gläubiger, welchen ihn die oben gewürdigte Ansicht von der Garantie des allgemeinen Credits, und von der dem Richter zugewiesenen Rolle des Depositärs des Gesammtwillens der Gläubiger nothwendig und unvermeidlich aussetzt.

Die Gründe, warum man in unserm teutschen Concursproceſſe die oben entwickelten Elemente dieses Proceſſes bisher übersehen konnte, liegen nach meinem Dafürhalten eines Theils in den beschränkten Ansichten, die unsere Rechtsgelehrten, und vorzüglich unsere Proceßlehrer, bisher von dem Rechte zu Auf-

Digitized by Google

forderung zur Klage im allgemeinen halten [9]). Andern Theils aber mag die Nichtbeobachtung jener Elemente auch veranlaßt worden seyn durch die Rücksichten, welche man bei der Aufstellung der Concursproceßtheorie auf die Sanctionen der römischen Gesetzgebung über das Verfahren gegen überschuldete Debitoren nahm, ohne zu bedenken, daß die Römer von einem Concursproceße in unserem Sinne ganz und gar keinen Begriff hatten und daß der teutsche Concursproceß auf ganz andern Elementen ruht, als der römische. Denn wirklich sehr richtig ist die Behauptung Gönners [10]), für den wichtigen Fall einer mit Concurrenz der Gläubiger verbundenen Insolvenz des Schuldners enthält die römische Gesetzgebung gar keine Bestimmung. Doch die Grundsätze, welche diese Gesetzgebung über die Unabhängigkeit der Forderungen der hypothecarischen Gläubiger von den Folgen, welche die missio in universa bona debitoris für die bloßen chirographischen Gläubiger hervorbrachte [11]), ingleichen die von ihr adoptirte Maxime, daß die missio in bona, welche vielleicht der eine oder der andere gegen den gemeinen Schuldner andringende Gläubiger erlangt haben möchte, für die Zukunft nicht ähnliche Immissionen ausschließe, sondern vielmehr als eine allen, auch den künftig sich noch anmeldenden, Gläubigern, wenn sie sich nur nicht allzu spät meldeten, zu Gut kommende Immission gelte [12]), — diese Grundsätze, sage ich, zeigen nur zu auffallend die Nothwendigkeit eines rechtlich begründeten Verfahrens, das die Gläubiger aus der Ungewißheit reißt. Und dieses nothwendige rechtliche Verfahren läßt sich auf keinem andern Wege herstellen, als auf dem, den ich so eben anzudeuten versucht habe.

---

9) M. vrgl. hierüber Gönner a. a. O. B. IV. S. 169 folg.

10) A. a. O. S. 534.

11) L. 6. u. 10. Cod. de bonis auct. jud. possid.

12) L. 12. D. de reb. auctorit. jud. poss. und L. 10. Cod. de de bonis auctor. jud. poss.

Digitized by Google

Blos auf diesem Wege erblicken wir die dem römischen Concursproceß fremde Edictalladung, mit allen den Folgen, welche ihr der teutsche Concursproceß zugetheilt hat, in ihrem reinen ofenen Sinne und in ihrer wahren Natürlichkeit und Haltbarkeit.

Aber diese Edictalladung, der erste Schritt, mit dem die Eröffnung des teutschen Concursprocesses beginnt, kann nur dann erlassen werden, wenn entweder der gemeine Schuldner sich für insolvent erklärt, und sein Vermögen seinen Gläubigern abgetreten hat, oder nach vorhergegangenem Antrag von Seiten der Gläubiger auf Eröffnung des Concurses, und ein hierauf erfolgtes desfalsiges Erkenntniß: „daß sie der Richter von Amtswegen erlasse," läßt sich auf keine Weise rechtfertigen. Geschieht übrigens von Seiten der Gläubiger der Antrag auf ihre Erlassung und Eröffnung des Concursprocesses, so liegt es freilich allerdings in der Natur der Sache, daß der Richter den Schuldner, über dessen Vermögen die Gläubiger den Concursproceß eröffnet wissen wollen, über diesen Antrag vorerst hört, ehe er demselben nachgiebt, und daß das in solchen Fällen gewöhnliche decretum de aperiundo concursu ertheilt sey, ehe zur wirklichen Eröffnung des Concursprocesses und der Erlassung der Edictalladung geschritten wird [13]). Denn bei der nachtheiligen Wirkung, welche die Concurseröffnung auf den Credit des Schuldners hat, über den der Concurs eröffnet werden soll, läßt sich ein eigenmächtiges Zufahren und Vorschreiten des Richters auf den blosen Antrag der Gläubiger auf keinen Fall rechtfertigen. Allein man irrt wohl sehr, wenn man vielleicht meinen möchte, Ein Gläubiger allein könne einen solchen Antrag nicht stellen, sondern er müsse immer hervorgehen aus einer Vereinbarung mehrerer [14]). Zwar liegt es im

13) Sehr zweckmäßige Regeln für das hier zu beobachtende Verfahren des Richters gibt der Entwurf zu einer neuen Gerichts Ordnung für die churfächs. Lande (Dresden 1803. 8.) S. 695 flgde.

14) Zu dieser Meinung bekennt sich der Entwurf zu einer

Begriff des Concursproceſſes, daß hier immer mehrere Gläubiger zuſammentreffen, und ohne ein ſolches Zuſammentreffen iſt ein Concursproceß gar nicht denkbar. Aber nicht gerade nothwendig iſt es, daß dieſes Zuſammentreffen ſchon ſich offenbare in dem Augenblicke, wo die Frage zu verhandeln ſeyn mag: iſt überhaupt mit der Eröffnung des Concursproceſſes zu verfahren? Das Recht des Einen Gläubigers, ſelbſt da, wo bisher er allein nur als Gläubiger erſcheint auf Erlaſſung der Edictalien und Vorladung anderer, etwa auſſer ihm noch vorhandener, Gläubiger ſeines Schuldners anzutragen, dieſes Recht erſcheint in jedem Falle, wo der Eine bisher aufgetretene und aus der Habe ſeines Schuldners zu befriedigende Gläubiger nöthig finden mag, über die Frage vergewiſſert zu ſeyn, ob es nicht neben ſeinem Anſpruch auch andere Anſprüche an die Habe ſeines Schuldners gebe, deren Daſeyn ihm die definitive Befriedigung ſeiner Forderung aus dem Vermögen ſeines Schuldners ungewiß macht; — ein Fall, der ſehr leicht eintreten kann, wenn z. B. ein von einem chirographariſchen Gläubiger belangter Schuldner auf ſein Vermögen früherhin aufgenommene hypothecariſche Schulden haften hätte, deren Abtrag er ſofort nicht nachweiſen könnte [15]). Kann in einem Falle

---

neuen Gerichts-Ordnung f. d. churſächſ. Staaten S. 695 und derſelben Meinung ſcheint auch Gönner a. a. O. S. 535. zu ſeyn, wo er von dem Falle der Unzulänglichkeit des Vermögens Eines Schuldners zur Befriedigung ſeines wider ihn aufgetretenen Einen Gläubigers ſpricht. Dagegen verlangt die preußiſche Geſetzgebung (A. P. G. O. Thl. I. S. 50. §. 4.) mit Recht die Eröffnung des Concurſes, ſobald auch nur ein Einziger Gläubiger darauf anträgt.

15) Für den hier angedeuteten Fall kann übrigens der von Gajus in der L. 158. D. de divers. regul. jur. ausgeſprochene Grundſatz; Creditor, qui permittit, rem venire, pignus dimittit, ganz und gar nichts entſcheiden; denn wie oft iſt nicht der Fall vorhanden, daß der hypothecariſche Gläubiger abweſend, verſtorben, oder nicht ſo leicht auszumitteln iſt, wo alſo das Ge-

Digitized by Google

der Art der Schuldner, der seinem Gläubiger seine Habe zur Zahlung anweißt, oder im Wege der Execution zur Zahlung überlassen muß, seinen ausserdem unverschuldeten Zustand nicht darthun, und dadurch dem Gläubiger die Gewißheit einer definitiven Befriedigung gewähren, wer mag es dem Gläubiger wohl verargen, wenn er zu seiner Sicherheit auf Vorladung der unbekannten Gläubiger seines Schuldners anträgt, und damit die Eröffnung eines Concursprocesses betreibt, den er unter andern Verhältnissen vielleicht gern vermieden sehen möchte. Doch der Fall, wo nur Ein Gläubiger auf die Eröffnung des Concursprocesses anträgt, wird wohl äußerst selten eintreten. Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge sucht jeder Gläubiger die Concurrenz anderer Gläubiger, welche die Eröffnung des Concursprocesses giebt, immer lieber zu vermeiden, als sie ohne Noth herbeizuführen. und in der Regel ist es immer der Andrang mehrerer Gläubiger, der ein solches Verfahren veranlaßt und herbeizieht. Indeß weder in dem Daseyn mehrerer Gläubiger, noch in der aus ihrem Daseyn hervorgehenden Unzulänglichkeit der Habe des gemeinen Schuldners an sich, ist das Moment zu suchen, das die Eröffnung des Concursprocesses rechtlich begründen mag. So lange die Gläubiger eines von mehreren belangten Schuldnern über diesen Punct schweigen, und die Eröffnung des Concursprocesses nicht fordern, so lange kann selbst bei der offenbarsten Unzulänglichkeit der Habe ihres gemeinschaftlichen Schuldners zu ihrer Befriedigung der Richter mit der Eröffnung des Concursprocesses nicht eingreifen.

Nicht die Sache des Richters, sondern blos nur Sache des

---

setz gar keine Anwendung finden kann. Auch liegt nicht gerade darin, daß der Gläubiger weiß, daß die Veräußerung seines Unterpfands geschehen soll, und in dem hier nicht erfolgten Widerspruch, von seiner Seite die Einwilligungserklärung; vielmehr bekennt sich Marcian in L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. vel. hypoth. solvit. ausdrücklich zur Negation. Man vergl. übrigens Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 2te Aufl. S. 349 folgde.

Digitized by Google

Gläubigers ist es, dahin zu trachten, daß die provisorische Befriedigung, welche in einem solchen Falle ihnen die Execution und Immission in die Habe ihres Schuldners giebt, einen definitiven Character erlange; blos nur ihnen liegt es ob darauf hinzuwirken, daß ihnen mit voller Sicherheit zu Theil werde, was sie durch Hülfe des Richters aus der Habe ihres Schuldners zu erlangen streben. Den provisorischen Zustand, der beim Daseyn mehrerer Gläubiger jede Execution in die Habe des gemeinen Schuldners giebt, diesen provisorischen Zustand in einen definitiven umwandeln zu wollen, dazu ist der Richter von Amtswegen weder berechtigt noch verpflichtet. Unaufgefordert schützt der Richter keine Rechte, und der bekannte Satz: wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter, nach welchem die richterliche Thätigkeit allgemein begränzt ist, äußert auch hier seine Wirkungen in der Maße, daß auch hier die Bedingung für die Eröffnung des Concursproceßes in einer vorhergegangenen Aufforderung der Gläubiger allesammt, oder wenigstens Eines oder des Andern, unter ihnen gesucht werden muß. Das Einzige, was in einem solchen Falle dem Richter zukommen mag, ist höchstens nur das, wozu die preußische Gesetzgebung [16]) hier anweißt, nämlich eine Mittheilung der Lage der Sache an die übrigen ihm bekannten Gläubiger, damit diese thun mögen, was sie zur Wahrung ihrer Gerechtsamen und zur Sicherstellung ihrer Forderungen etwa zu thun nöthig finden. Doch genau genommen liegt selbst in dieser Mittheilung etwas anomalisches, etwas mit der Wesenheit der rechtlichen Wirksamkeit nicht ganz vereinbarliches, und um deswillen muß diese Mittheilung, wo sie irgendwo vorgenommen werden mag, sich blos nur beschränken, auf eine reine Benachrichtigung der Gläubiger von der Lage ihres Schuldners und dem, was gegen diesen vorgeht, ohne irgend eine Aufforderung zu irgend einer Handlung. Denn offenbar zu weit geht die preußische Gesetzgebung, wenn sie von dem Richter fordert, er solle zu-

16) A. P. G. O. Thl. I. Tit. 50. §. 9 und 10.

gleich mit jener den Gläubigern zu machenden Eröffnung die Anberaumung eines Termins verbinden, in welchem sich die Gläubiger über die ihnen geschehene Bekanntmachung und die etwa nöthige fernere Einleitung der Sache zu erklären haben.

Selbst das Entfliehen eines notorisch mit Schulden behafteten Individuums kann meiner Ansicht nach das officielle Eingreifen des Richters und die Eröffnung des Concursprocesses von Amtswegen nicht rechtfertigen. Auch hier scheint mir der desfalsige Antrag der Gläubiger abgewartet werden zu müssen, wenn der Richter innerhalb der Sphäre bleiben soll [17]). Der Richter, oder eigentlich die Polizey, mag zwar das Vermögen eines solchen Schuldners in Verwahrung nehmen, und es gegen Anfälle aller Art zu schützen suchen. Es mag unter Siegel gelegt, oder Jemand zur Verwaltung desselben bestellt werden. Aber immer ist erst abzuwarten, was die Gläubiger des Entwichenen thun mögen. Erst dann mag zu Eröffnung des Concurses geschritten werden, wenn bestimmte Anträge von Seiten der Gläubiger hierauf vorliegen. Dies liegt meiner Ueberzeugung nach in dem Wesen der Dinge. Ganz fremd aber ist diesem Wesen jede andere Maasregel, die vielleicht von Seiten des Richters ergriffen werden könnte. Und aus dem Grunde, der in diesem Falle eintritt, kann auch keine Eröffnung des Concursprocesses dann statt finden, wenn die Erben eines verstorbenen Schuldners ihrer Existenz oder ihrem Aufenthalte nach unbekannt sind, aus dem aufgenommenen Inventarium aber die Unzulänglichkeit der Erbmasse zur Bezahlung der darauf haftenden Schulden hervorgeht, — wo die preußische Gesetzgebung [18])

---

17) Anderer Meinung sind: Danz a. a. O. S. 244. Hofacker princip jur. civil. rom. germ. Tom. III. §. 4578. Die A. P. G. O. a. a. O. §. 4. und die K. Sächs. Gesetzgebung in dem Mandat wider die Bankeroutirer §. 6. u. 22.

18) A. a. O. 54. — Ein anderer Fall ist es, wenn die Erben auf eine mit Schulden beladene Erbschaft verzichten. Der Verzicht nimmt in diesem Falle den Character der Cessio bonorum an,

gleichfalls Ausnahmsweise die Eröffnung des Concursproceſſes von Amtswegen für zuläſſig erklärt. Auch hier mag ohne Antrag der Erbſchaftsgläubiger auf Eröffnung des Concursproceſſes mit dieſer Maaßregel nicht verfahren werden. Abgeſehen von dem Falle, wo der Schuldner ſich ſelbſt für zahlungsunfähig erklärt, und ſeinen Gläubigern ſein Vermögen abläßt, abgeſehen von dieſem Falle, wobin jedoch weder die Entweichung eines Schuldners, und noch weniger die Unbekanntſchaft der Erben eines Verſtorbenen gehört, iſt jede Concurseröffnung bedingt durch den hierauf gerichteten Antrag eines oder mehrerer Gläubiger des Verſchuldeten; und nur dann, wenn dieſer Grundſatz feſtgehalten wird, wird es gelingen, der Concursproceßtheorie die nöthige Feſtigkeit und Haltbarkeit zu geben, die ihr jetzo durchaus fehlt, weil man dabei dem Weſen der richterlichen Thätigkeit nie ganz treu geblieben iſt, und dem Richter Berechtigungen und Obliegenheiten attribuirt hat, die dem eigenthümlichen Character ſeines Wirkens ganz fremd ſind. — Und erwägt man, wie nachtheilig es auf den allgemeinen Wohlſtand und ſelbſt auf die Weſenheit der richterlichen Amtsthätigkeit einwirkt, wenn man den Richter in ihm fremde Sphären hineinzieht, und wie oft er, der Richter, dadurch, beſonders in der hier behandelten Lehre, aus übertriebener Aengſtlichkeit, oder auch aus nicht zu billigender Sportelſucht, zu ſehr verderblichen Mißgriffen veranlaßt wird; ſo glaube ich, man wird es mir nicht mißdeuten, hier den Punct zur Sprache gebracht zu haben, mit deſſen Erörterung ich mich eben beſchäftiget habe.

---

und hier kann allerdings von Seiten des Richters ohne weiteres mit Eröffnung des Concursproceſſes verfahren werden.

VII.

Ueber die in den Willen eines Dritten gestellten Legate.

Ein Beitrag zur Erklärung der L. 1. pr. de leg. II.

Von

Dr. L. J. Neustetel, Hofgerichtsprocurator zu Hanau.

Gerade so wie von anderen Begebenheiten kann der Testator den Erwerb eines Vermächtnisses von Handlungen abhängen lassen, die im Gebiet menschlicher Willkühr liegen. Solche Handlungen bilden alsdann die Bedingung des Legats; die Person aber, in deren Willen es steht, ob die Handlung geschehe oder nicht, ist entweder

a) der Erbe: (Maevio, si heres in Capitolium ascenderit: oder

b) der Legatar selbst: (Maevio, si in Capitolium ascenderit:) oder

c) eine dritte Person: (Maevio, si Titius in Capitolium ascenderit, do, lego.)

Alle drei Arten von Vermächtnissen dieser Gattung sind gültig [1]). Zwar ist von Vinnius [2]) geläugnet worden, daß sich ein Legat auf die erwähnte Weise durch den Willen des Erben könne bedingen lassen, weil es in L. 43. §. 2. de leg. I. heiße: legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. Allein dieses so allgemein gefaßte Fragment kann gegen die Analogie dieser ganzen Materie nicht in Betracht kommen. Auch enthält es an sich nichts mehr, als daß kein Legat von der reinen Willkühr des Erben ab-

1) L. 52. de cond. et dem. — Von dem Legat unter b) finden sich unzählige Beispiele in den Digesten.

2) Qu. sel. L. II. c. 25.

hängen dürfe, was dem Zusammenhang dieser Lehre, worin stets zwischen reiner Willkühr und durch den Willen bedingter Handlungen, oder — um mich der römischen Terminologie zu bedienen — zwischen dem *si voluerit*, und dem *si in Capitolium ascenderit* unterschieden werden muß, vollkommen entspricht. Der Einwand, daß demzufolge Ulpian die in die reine Willkühr Dritter gestellten Legate gegen die Meinung der anderen Juristen und seine eigne anderswo geäußerte Ueberzeugung in Schutz nehme, würde dieser Erklärung nicht schaden. Ulpian steht auf dem Standpunkt des Testators; er betrachtet alle Personen, ob in deren reine Willkühr ein Legat gesetzt werden könne, und sieht von seinem Standpunkte aus nur den heres, und dem entgegengesetzt den alienus, der den Legatar und alle übrigen Personen begreift.

Nun sagt er von der Willkühr des alienus dürfe ein Legat abhängen, was auch wahr ist in Beziehung auf den Legatar [3]), nicht aber in Beziehung auf die übrigen alieni, welche bei den Römern sich von sich selbst verstehende Modification Ulpian in der Allgemeinheit worin er redet nicht besonders hervorhebt; von der Willkühr des heres aber dürfe es nicht abhängen. — Außer der Analogie spricht für die Gültigkeit der von Vinnius angefochtenen Legate arg. L. 3. de leg. II., und mit — wie ich glaube — unwiderleglicher Stärke folgendes Argument. Das ältere römische Recht hatte bekanntlich die legata poenae nomine relicta für ungültig erklärt; wie es scheint, aus keinem andern Grunde, als weil nach den feinen Begriffen vom honestum der Legatar durch Einforderung des Vermächtnisses sich als den Vollstrecker einer nicht von ihm selbst angedrohten Strafe aus Gewinnsucht darstellen müßte [4]). Der Kaiser Justinian, der so viele der schönsten und charakteristischsten Züge des römischen Rechts verwischt hat, schonte auch diesen nicht, und die plumpe Sprache seiner Constitution [5]) zeigt, daß er sich das alte Recht durchaus nicht zu erklären gewußt, oder wenigstens die Gleichgültigkeit, mit welcher dieser Gesetzgeber die im Privatrecht gegebenen Stützen guter Sitte und edler Gesinnung zusammenbrach. Ein Beispiel von einem solchen Legat findet sich bei Ulpian [6]): si filiam tuam in

3) L. 65. §. 1. de leg. I., L. 69. de cond. et dem.

4) Diese ächt civilistische Ansicht verdanken wir bekanntlich Thibaut Vers. 2. Bd. S. 166. Not. 17. Dess. Abh. p. 55.

5) L. unic. C. de his quae poen. nom.

6) Fragm. L. I. Tit. XXIV. nr. 17.

Digitized by Google

matrimonio Titio collocaveris, decem millia Sejo dato. Wenn nun die von einer Handlung des Erben abhängigen Legate an sich schon ungültig gewesen wären, was hätte es eines besondern Rechtssatzes wegen der leg. poenae nomine relicta bedurft? und würde nicht Justinian jener allgemeinen Regel haben gedenken müssen, als er die Verbindlichkeit dieser Legate verordnete? —

Der Testator kann nun aber den Erwerb des Legats durch die reine Willkühr einer Person bedingen wollen. Hier ist ausgemacht, daß von des Erben reiner Willkühr (heres meus, *si voluerit*, damnas esto dare) ein Legat nicht abhängen darf [7]); wohl aber die Größe und sonstige Bestimmungen eines Vermächtnisses von dessen billigem Ermessen [8]). Hingegen kann man eben so gewiß den Erwerb eines Legats von der Willkühr des Legatars abhängen lassen (Maevio centum, si voluerit, d. l.) [9]). Denn, obgleich kein Legatar zur Annahme des Legats gezwungen wird, und daher überall das Wollen sich von selbst versteht, so läßt sich doch eben darum nicht annehmen, daß die Worte *si voluerit* überflüssig gesagt seyen; sie verwandeln daher das sonst ipso jure angefallene Legat in ein bedingtes, so daß es nicht durch den Tod des Erblassers, sondern erst durch die von Seiten des Legatars geschehene Willenserklärung erworben wird, und weder das Legat, noch das Recht der Willenserklärung, wenn der Honorirte ohne sich erklärt zu haben stirbt, auf dessen Erben übergeht. — Ob endlich ein Legat von eines Dritten reiner Willkühr wirksam abhängig gemacht werden könne, (Maevio, *si Titius voluerit*, d. l.); darüber hat sich wegen L. 1. pr. de leg. II. eine alte und berühmte Controverse erhoben. Abgesehen von diesem bestrittenen Fragmente entscheiden mehrere Stellen die Frage ganz klar dahin: man könne zwar durch Handlungen Dritter, nicht aber durch deren reine Willkühr ein Legat bedingen; so wäre z. B. das Vermächtniß: Maevio, si Titius servum manumiserit gültig, dagegen das erwähnte: Mae-

---

7) L. 43. §. 2. de leg. I., L. 7. §. 1. de reb. dub., L. 46. §. 3. de fideic. lib. — Das Vermächtniß heres meus *cum voluerit*, d. e. d. involvirt einen ungewissen Tag, und muß von dem Erben des Erben gegeben werden, wenn dieser ohne es gegeben zu haben mit Tode abgeht. L. 11. §. 6. de leg. III.

8) L. 75. pr. de leg. I., L. 11. 7. eod. III., L. 46. §. 3. de fideic. lib.

9) L. 65. §. 1. de leg. I., L. 69. de cond. et dem.

Digitized by Google

vio, si Titius voluerit, d. l.: ungültig [10]). Wahrscheinlich hielt man es für unvereinbar mit der strengen Natur der Legate, daß des Erblassers Wille dem nach seinem Tode erst zu erklärenden Willen eines Dritten anheim gegeben seyn solle.

Demnach sind die leg. in alterius arbitrium collata in der Regel gültig; ausnahmsweise aber diejenigen nicht, die ausdrücklich den fremden Willen (des Erben oder eines Dritten) zur Bedingung machen [11]).

Die L. 1. pr. de leg. II. hat manichfachen Zweifel gegen dieses einfache gesetzliche Resultat erregt. Das ganze Fragment lautet so:

Ulpianus Lib. 9. ad Sabinum.

In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio *), potest: quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit* mihi legetur, an *si voluerit*? §. 1. Sed cum ita legatum sit, pupillo sive pupillae *arbitrio tutorum*, neque conditio inest legato, neque mora: cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi; quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?

Es fiel gleich im Anfang auf, daß Ulpian ein leg. in alterius arbitrium collatum für gültig erklärt, da man einmal gewohnt war hierunter den Ausnahmsfall der ungültigen so benannten Legate zu verstehen [12]). Sodann nahm man das *si voluerit* zu Ende des pr. so, als stünde *si Titius voluerit*, und schloß daraus, Ulpian halte es für einerlei, ob ein Legat von fremder Handlung oder fremden Willen abhänge; im schnurgraden Gegensatz mit L. 52. de cond. et dem. Die zahlreichen

---

10) L. 52. de cond. et dem., L. 32. de hered. inst., L. 46. §. 2. de fideic. her.

11) Letztere heißen sowohl in alterius voluntatem, als in alterius arbitrium collata; (s. die vor. Not.) doch sind unter diesen mehr die dem billigen Ermessen eines Dritten anheim gestellten zu verstehen. L. 1. §. 1. de leg. II.

*) Cujacius L. II. obs. 2., und mit ihm Vinnius a. a. O. lesen veluti conditionem; eine Emendation, die unnöthig ist.

12) S. z. B. Thibaut System des P. R. §. 800.

Digitized by Google

Vereinigungsversuche [13]) sind von Schrader [14]) einer genauen Revision unterworfen worden. Schrader selbst betrachtet mit Thibaut [15]) das Fragment als unvereinbar, und sucht den Widerstreit dadurch zu erklären, daß er annimmt, Ulpian habe überhaupt über das in die Willkühr Dritter gestellte Legat eine von den übrigen Juristen verschiedene Meinung gehabt. Diese Erklärung des Dissenses ist jedoch nicht weniger gezwungen als jene Vereinigungsgesuche. Es läßt sich schon im Allgemeinen bei Ulpian, den ich vorzugsweise den Practiker unter den römischen Juristen nennen möchte, eine singuläre Meinung nur mit großer Vorsicht annehmen; wie sehr aber Ulpian mit der gemeinen Meinung übereinstimmte, erhellt gerade aus L. 46. §. 2. de fideic. lib., wo er den Satz, daß es vergönnt sey in alterius arbitrium ein Fideicommiß zu hinterlassen, elegant so einkleidet, der fremde Wille wäre dann mehr als eine Handlung zu betrachten; (quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, *si Titius Capitolium ascenderit*).

Das Proömium des Fragments ist — wie ich glaube — nur erklärbar durch den §. 1., dem es voransteht, so daß ohne diese äußere Zerschneidung des Textes der innere Zusammenhang weit eher deutlich gewesen wäre. Ulpian wollte aussprechen, ein arbitrio tutorum dem Mündel hinterlassenes Legat sey weder bedingt noch betagt; da, wenn von einem Ermessen im Testamente geredet werde, darunter billiges Ermessen zu verstehen sey, dieses nur den Umfang, nicht den Erwerb des Legats festsetze, und ein tüchtiger Vormund das Quantum sogleich in billiger Berücksichtigung der Größe der Erbmasse bestimme. Nun gieng es ihm hier, wie auch sonst wohl, und gerade so, wie es unsern Gerichtshöfen und Spruchkollegien zu gehen pflegt: dem Satz, auf den er hinzielte, ließ er als Zweifelsgrund einen andern vorausgehen, und aus diesem unvermuthet und triumphirend jenen hervortreten. So fieng er damit an, ein leg. in alter. arb. coll. sey ein bedingtes, um solchergestalt recht scharf den Gegensatz herauszuheben, um den es

13) Die hauptsächlichsten darunter sind: die Glosse ad L. 1. de leg. II. (verschiedene Erklärungen des Rogerius und Joannes), Pancirolli var. lect. L. III. c. 5., Cujacius L. II. obs. 2. (dem Vinnius qu. sel. L. II. c. 25. beigetreten), und Averan. interpr. L. II. c. 22. (dem Glück ad c. 13. X. de test. in op. F. 1. beipflichtet).

14) Abh. 1. Bd. S. 44 — 67.

15) System §. 800. not. p.

ihm allein zu thun war, nämlich: daß ein in das arbitrium einer gewissen dritten Person — des Vormunds — gestelltes Legat darum noch nicht als ein bedingtes zu behandeln sey.

Von der genaueren Nachweisung von Ulpians Ideengang ist zu bemerken, daß das „*si Titius in Capitolium ascenderit*, sodann das „*si voluerit*" beides Bruchstücke aus einer gewöhnlichen Vermächtnißformel sind, denen wir beiden das: „*Maevio — do, lego*" beigeben müssen; also *Maevio, si Titius in Capitolium ascenderit:* ferner *Maevio, si voluerit, d. l.* Denn es verräth eine Unbekanntschaft mit der in unseren Pandectenfragmenten üblichen Sprache, bei dem *si voluerit* den Titius zu subintelligiren. Diese Worte sollen nicht zur Erläuterung dienen, sondern sind strenge Legatenform, der nichts fehlt, als Bezeichnung des Legatars, der Sache, und die Worte des Gebens [16]).

Ulpians Gedankengang ist jetzt ganz einfach dieser: man kann in arbitrium einer dritten Person mit der Wirkung einer Bedingung eben so gut ein Legat inferiren, als in arbitrium des Legatars; was die aufschiebende Wirkung betrifft, stehen sich beide Arten von Vermächtnissen vollkommen gleich. Von beiden giebt er Beispiele; natürlich bedient er sich als Beispiel von einem leg. in alter. arb. coll. keines jener fehlerhaften und ungültigen Vermächtnisse, deren L. 52. de cond. et dem. gedenkt: (z. B. *Maevio, si Titius voluerit, d. l.*), sondern er wählt eines in dem allgemein gebilligten Legat, das nur durch Handlungen Dritter bedingt ist: (*Maevio, si Titius in Capitolium ascenderit, d. l.*). Das gewählte Beispiel eines Legats in arb. legatarii coll. ist das gewöhnliche *Maevio, si voluerit, d. l.*

Beide Vermächtnisse, sagt er, involviren ein bedingtes Legat, und demungeachtet ist das Legat arbitrio tutorum nicht bedingt. Ein neuerer Jurist würde Ulpians Räsonnement

16) Dem *si voluerit* kann man den Legatar als wollende Person vorsetzen, nicht aber den Erben, am wenigsten einen Dritten. Es muß ein Bruchstück seyn aus einer der beiden gewöhnlichsten Arten von Legaten: per damnationem oder per vindicationem. Im ersten Fall würde das Vermächtniß lauten: *heres meus, si voluerit, damnas esto dare:* im andern: *Titio, si voluerit, d. l.* Jenes Legat wäre, als in arb. heredis coll., ungültig: also muß unser *si voluerit* ein Bruchstück von einem Legat dieser Classe seyn. — Dem *cum voluerit* hingegen kann man sowohl den Erben, als den Legatar als wollende Person vorsetzen, weil man diese Worte sowohl in ein leg. per damnationem (*heres meus, cum voluerit, damnas esto dare* L. 11. §. 6. de leg. III.), als in ein leg. per vindicationem rel. bringen kann. (Vergl. not. 7.)

Digitized by Google

also zu Tage fördern: „ob zwar ein in den Willen eines Dritten gestelltes Legat nicht weniger bedingter Natur ist, als ein in den Willen des Legatars gestelltes, so ist dennoch das von dem Willen der Vormünder abhängende weder bedingt, noch betagt; weil u. s. w.“ Dieser Gang des Räsonnements ist um so natürlicher, da wegen der Repräsentation der Pupillen durch den Vormund Zweifel entstehen konnte, ob das Legat *arbitrio tutorum*, zu den von dem Willen eines Dritten, oder dem des Legatars abhängigen zu zählen sey. Die hier nachgewiesene Darstellungsweise findet sich im römischen Rechte nicht selten; die classischen Juristen scheinen zu fürchten, wenn sie vor ihre Limitationen und Ampliationen nicht ganz kurz die Regel setzen, Irrthum und Mißverständnisse zu veranlassen; gewiß aber verschwinden manche Schwierigkeiten der Interpretation, wenn man diese in einem rein aus der Praxis hervorgegangenen Rechtssystem, wie das der Römer, so erklärliche Verfahrungsart kennt und berücksichtigt.

In Betreff der heutigen Anwendung des Pandectenrechts über die in den Willen Dritter gestellten Legate, ist zu bemerken, daß man es bei Fideicommissen, welche überhaupt viel biegsamer waren [17]), nicht so strenge nahm als bei Legaten, und Fideicommisse bestehen ließ, deren Erwerb der reinen Willkühr eines Dritten anheim gegeben war. Wie bereits oben erwähnt, lieh man dieser Milde eine elegante Hülle, und sagte, das Wollen sey in Fideicommissen als eine Handlung zu nehmen, gleich dem auf's Kapitol steigen: eine Fideicommiß dieser Art sey also bedingt [18]). Nach der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse sind folglich alle in den Willen eines Dritten gestellten Legate gültig, und der alte Unterschied zwischen Handlungen Dritter und deren reine Willkühr verwandelt sich in eine Antiquität. Dieses Resultat scheint auch am meisten dem Geiste des kanonischen Rechts zu entsprechen [19]), so weit sich nämlich von Rechtssätzen über Erbeinsetzungen auf ähnliche über Legate mit Sicherheit schliessen läßt.

---

17) Ulpian. fragm. tit. XXV. §. 1. 12.

18) L. 46. §. 2. de fideic. lib.

19) C. 13. X. de testam. — (Vergl. Glück not. 13. cit.)

VIII.

Von dem Irrthume der Advocaten in Beziehung auf zugestandene factische Umstände, und der Verbesserung solcher Unrichtigkeiten.

Vom

Regierungsrathe Lotz, zu Coburg.

Bekanntlich sind unsere Rechtsgelehrten noch bei Weitem nicht im Reinen über die Frage: in wie weit und unter welchen Bedingungen ist es den streitenden Parteien gestattet, factische Zugeständnisse und Erklärungen zu widerrufen oder zu berichtigen, die ihre Sachführer bei der gerichtlichen Verhandlung eines Rechtsstreits gemacht haben mögen? und dennoch macht die Wichtigkeit, welche diese Frage für das practische Leben in so vielen Fällen hat, gewiß klare und richtige Ansichten darüber dringend nothwendig. — Nach der gewöhnlichen Meinung unterscheidet man: ob der Widerruf, oder die Berichtigung des vorigen Zugeständnisses des Advocaten, in der ersten Instanz vorkommt, oder in der Appellationsinstanz. Im letztern Falle soll der Widerruf und die Berichtigung unbedingt zulässig seyn. Im erstern Falle hingegen macht man weiter den Unterschied, ob der Sachführer, dessen factische Zugeständnisse von der von ihm vertretenen Partei als unrichtig angefochten und widerrufen oder berichtigt werden sollen, den Irrthum, dessen man ihn beschuldigt, in seinen gerichtlichen Vorträgen in Gegenwart seiner Partei, oder in einer von dieser unterschriebenen Schrift begangen hat, oder ob dieser Irrthum von ihm in Abwesenheit seines Clienten, oder in einer von diesem nicht unterschriebenen Schrift verschuldet wurde. Im ersten Falle solle der Richter sogleich, oder längstens binnen drei Tagen, von dem Clienten wiederrufen oder berichtigt, und der Widerrufende, auch ohne Beweis des Irrthums, ohne Weiteres mit seinem Wider-

Digitized by Google

rufe, oder seiner Berichtigung, zugelassen werden. In dem letztern Falle aber soll zwar auch Widerruf und die Berichtigung, und zwar so lange, statt finden können, als die Erörterung der Sache noch nicht gänzlich beendigt ist; ja selbst noch nach dem Beschlusse derselben soll Widerruf und Berichtigung irriger factischer Zugeständnisse zugelassen werden; doch soll in jedem Falle der Widerrufende oder Berichtiger den Beweis des begangenen Irrthums und der Unrichtigkeit des Zugeständnisses zu übernehmen verbunden seyn [1]).

Man bemerkt wohl ohne meine Erinnerung, daß diese Meinung, theils die Frage, welche in ihr beantwortet werden soll, ganz und gar nicht erschöpft; theils, daß sie ganz und gar nicht auf einer festen und sichern Grundlage ruht; theils endlich, daß sie in so mancherlei Beziehung, vorzüglich aber in Hinsicht auf die Planmäßigkeit und Consequenz der in ihr sich aussprechenden Grundsätze, zu vieles gegen sich hat, um eine unbefangene genaue Critik so geradezu, und ohne alle weitere Prüfung, nur einigermaßen befriedigen zu können; — und um deswillen möchte es wohl nicht zur Unzeit, und nicht am unrechten Orte seyn, hier diese Prüfung vorzunehmen, oder wenigstens sie zu versuchen.

Die Enunciationen der römischen Gesetzgebung, aus welchen man diese Meinung abzuleiten, und durch welche man solche zu rechtfertigen sucht, sind bekanntlich die L. 1. 2. u. 3. C. de errorib. advocat. (II 10.). In der ersten Gesetzstelle wird der Grundsatz ausgesprochen: was der Sachführer einer Partei in deren Gegenwart vor Gericht vorbringt, ist so anzusehen, als wäre es von der Partei, für die jener spricht, selbst vorgebracht [2]). In der zweiten Stelle hingegen wird es vom Kaiser Gordian als eine bekannte Rechtsregel ange-

---

1) M. vergl. Mevius Decis. Part. I. dec. 87. nr. 3.; Part. II. dec. 370. nr. 5; P. VII. dec. nr. 2. 3.; Leyser Medit. ad Pand., Tom. I. spec. XLVIII. m. 5 — 7.; — Berger E. D. F. Tom. I. Tit. XVI. obs. 1. not. 3.; Struben Rechtsl. Bedenken Th. I. B. 136. S. 238.; Beyer supplem. ad Müller promtuar. jur. Tom. I. S. 509; Hofacker princ. jur. civ. rom. germ. Tom. III §. 4280. S. 714.; Glück Erläuterung d. Pandecten Bd. V. S. 113 — 115. Dan. Grundsätze des ordentl. Proc. §. 44. S. 141 ff. v. Siegfried Caeso Aeminga diss. de revocat. error. ab advocat. commiss. Gryphiswald 1766.

2) Ea, quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur. M. vergl. hiermit übrigens noch L. 79. D. de V. O. (XLV, 1.)

deutet: der Irrthum dessen, der für Andere gerichtliche schriftliche Aufsätze fertigt, könne seinem Clienten nicht nachtheilig seyn, und damit der Ausspruch zu rechtfertigen gesucht, den das kaiserliche, hier im Auszuge gegebene Rescript, über die Frage giebt: in wie weit ein von dem Sachführer als vorhanden zugestandenes Erkenntniß zu beachten sey, dessen Nichtexistenz die Partei nachzuweisen vermöge [3])? Und in der dritten Stelle weisen die Kaiser Diocletian und Maximian ein bei ihnen angebrachtes Gesuch, um Wiedererneuerung eines gerichtlich entschiedenen Rechtsstreits, durch die Bemerkung ab: es sey nicht zulässig, entschiedene Rechtshändel durch kaiserliche Rescripte zur neuen Verhandlung ziehen zu wollen, und es sey, in dem gerade vorliegenden Fall, eine solche Erneuerung des einmal beendigten Rechtsstreits um so weniger zu gestatten, da die Einrede, das Zugeständniß der Advocaten könne den Parteien nicht zum Nachtheil gereichen, hier keine Rücksicht verdiene; weil das factische Zugeständniß, dessen Widerruf oder Berichtigung die Erneuerung des entschiedenen Rechtsstreits begründen sollte, in Gegenwart der Partei erfolgt, sofort — oder wenigstens in den nächsten drei Tagen — nicht wiederrufen, und gegen das auf jenes Zugeständniß gebauete Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation nicht eingewendet worden sey [4]); — und vorzüglich die letzte Gesetzstelle ist es, in der die Vertheidiger der gewöhnlichen Meinung den Stützpunkt derselben zu finden glauben. Indessen, wenn auch diese Gesetzstelle an sich bei der vorliegenden Frage nicht unbeachtet bleiben mag, immer verdient solche doch auf keinen Fall die ausgezeichnete, umsichtslose Achtung, die man ihr zu widmen pflegt, und auf keinen Fall geht das so geradezu aus ihr hervor, was man davon ableitet.

In der Natur der Sache liegt, was auch die ebenangeführten beiden ersten Gesetzstellen klar aussprechen: Auf Irrthum

---

3) Errores eorum, qui desideria, id est, preces scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit.

4) Sententiis finita negotia, rescriptis revocari non oportet. Nec enim, quae constituta sunt, (id est) ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt: cum te praesente, neque causae palam ex continenti, id est triduo proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedio (si tibi haec displicebant) usum esse proponas.

Digitized by Google

beruhende und aus diesem hervorgegangene factische Zugeständnisse der Sachführer der Parteien, können diesen nicht zum Nachtheil gereichen; und: der Partei, die durch ein solches Zugeständniß sich gefährdet sieht, muß es unbedingt nachgelassen werden, den Irrthum und die Unrichtigkeit des Zugeständnisses nachzuweisen, wenn sie dieses thun zu können glaubt. In so fern also Gordian in der angeführten zweiten Gesetzstelle sich zu dieser in der Natur der Sache begründeten Maxime bekennt, bedarf allerdings sein Anerkenntniß derselben ganz und gar keiner Rechtfertigung. Auch bedarf es ebensowenig einer Rechtfertigung, wenn in der angeführten letzten Gesetzstelle die Kaiser Diocletian und Maximian, ohne Rücksicht auf die oben angeführte allgemeine Regel, die Parteien zum Anerkenntniß der factischen Zugeständnisse ihrer Sachführer dann verbunden annehmen, wenn jene bei der Vernehmlassung ihrer Sachführer über streitige Thatumstände gegenwärtig waren, also hörten und wußten, was diese vorbringen. — Hier fällt offenbar der Grund weg, aus welchem die Gesetzgebung den Parteien die vorhin angedeutete Befugniß zugestehen mochte, und die Gesetzgebung hat allerdings sehr recht, wenn sie in der ersten Gesetzstelle den hier entscheidenden allgemeinen Grundsatz aufstellt, dasjenige, was die Sachführer der Parteien in deren Gegenwart erklärt haben, ist so anzusehen, als hätten es die Parteien selbst erklärt. Auf diesen Grundsatz konnte sie denn auch die Unzulässigkeit des Widerrufs und der Berichtigung solcher Zugeständnisse ohne Schwierigkeiten bauen. Ferner liegt es auch in der Natur der Sache, daß da, wo der gegenwärtige Client der unrichtigen factischen Vernehmlassung seines Sachführers auf der Stelle widerspricht, das Zugeständniß, das in der Erklärung des Sachführers liegen mag, keine Rücksicht verdienen kann, sondern nur das Vorbringen und die sofortige Berichtigung des Clienten. In einem Falle der Art kann offenbar der in der ersten Gesetzstelle angegebene Grundsatz, vom Verhältnisse der Aeußerungen des Fürsprechers in Bezug auf den Clienten, gar keine Anwendung finden. Von der Verbindlichkeit des Clienten, die Erklärungen seines Sachführer anzuerkennen, kann in diesem Fall eigentlich gar nicht die Frage seyn. Hier erscheinen eigentlich der Sachführer und sein Client als zugleich sprechend, und in diesem Falle verdienen zuverlässig die eigenen und unmittelbaren Aeußerungen und Erklärungen des Clienten die Aufmerksamkeit des Richters bei weitem mehr, als das, was aus dem Organ der Partei, dem Sachführer, hervorgeht, der aus mancherlei Gründen nicht immer dasjenige ganz treu nachspricht, was ihm der Client in den Mund gelegt haben mag. — Aber wie die Kaiser dazu kommen,

Digitized by Google

das, was bei dem sofortigen Widerspruche und der augenblicklichen Berichtigung des Irrthums anzunehmen war, auf einen Zeitraum von drei Tagen auszudehnen, und das nach der Natur der Sache in diesem Falle blos nur auf den Moment beschränkte unbedingte Wiederrufs- und Berichtigungsrecht gar für die Appellations-Instanz von neuem zu geben, — dieß wird wohl Niemand so leicht begreiflich finden, der sich die Mühe nimmt über die Sache zu denken. —

Wirklich steht diese Erweiterung des Widerspruchs- und Berichtigungsrechts mit der ganzen Theorie, so wie sie aus der Natur der Sache, und den Enunciationen der dem Spruche der Kaiser Diocletian u. Maximian vorhergehenden beiden Gesetze hervorgeht, in dem auffallendsten Widerspruche, und allerdings haben diejenigen Rechtsgelehrten [5]) sehr viel für sich, welche die im gewöhnlichen Texte der oben angeführten dritten Gesetzstelle vorkommende Erläuterung der Worte: ex continenti durch: id est triduo proximo für ein Emblem Tribonians, oder sonst für einen unächten Zusatz halten. Auch spricht für diese Meinung der nicht unwichtige Umstand, daß in den Basiliken, bei der Aufführung dieser Stelle [6]), dieser erläuternde Zusatz zu den Worten ex continenti weggeblieben ist. Indeß die Scholien von Thaleläus [7]) zeigen, daß dieser Zusatz, wenn er auch unrichtig seyn mag, doch wenigstens sehr alt seyn müsse; und da er zu der Zeit, wo das römische Gesetzbuch in Teutschland gesetzliche Auctorität erhielt schon vorhanden war, und mit zu uns übergieng, so mochte es allerdings gewagt seyn, sich so geradezu darüber hinweg zu

---

5) M. vergl. Jac. Gothofredus in Comment. ad L. un. C. de error. advoc. Tom. I. S. 165. D. Ausgabe v. Ritter, u. Anton Schulting diss. de recusat. judicis, Cap. XII. §. 1.; Leyser Med. ad Pand. Tom. I. spec. XLVIII. nr. 7. S. 501.

6) Lib. VIII. Tit. 1. l. 48.

7) In Meermann Thesaur. Tom. III. S. 43. Schon findet sich die Erläuterung ἐκ τοῦ παραχρῆμα durch den Nachsatz: τοῦτέστιν, ἐντὸς τριῶν ἡμερῶν. Uebrigens spricht auch das noch für die Aechtheit des erläuternden Zusatzes, daß der mit dem Ausdrucke ex continenti gleichbedeutende Ausdruck: illico, in d. L. 18. l. de judic. (III. 1.) gleichfalls durch den Zusatz intra triduum proximum erläutert wird. Auch war das triduum bekanntlich im alten römischen Rechte, in Sachen wo Anwalte dienten, die gesetzliche Appellationsfrist, und überhaupt die gesetzliche Nothfrist für alle Beschwerden über richterliche Verfügungen. L. 1. §. 5. 6. und 12. D. de appellationibus. (XLIX. 4.)

Digitized by Google

setzen. Nur darauf scheint hin zu arbeiten zu seyn, daß eine einmal ausgesprochene Anomalie, nicht über ihre Gränzen und ihren Sinn erweitert, und dadurch die Theorie noch mehr verwirrt werde, als sie schon durch die Anomalie an sich es ist; — was offenbar geschieht, wenn man bei der Deutung der angeführten Gesetzstelle blos dem ersten Eindrucke folgt, der ihr Anblick gewährt, und selbst die aus den Worten: ex continenti und deren erläuternden Beisatz: id est triduo proximo herausgedeutete unbedingte Zulässigkeit des Widerspruchs- und Berichtigungsrechts, so geradezu auf den zweiten dort angedeuteten Fall, den Fall der eingewandten Appellation, überträgt, und hier nach der gemeinen Meinung dieselbe Berechtigung den Parteien zugestanden wissen will, die man ihnen bei der sofortigen Berichtigung, und dem auf der Stelle geschehenen Widerspruch, einräumt. Eine behutsame und umsichtige Deutung der angeführten Gesetzstelle, und der hierin von Diocletian und Maximian ausgesprochene Anomalie, scheint allerdings um so dringender Noth zu thun, da die Deutung dieser Anomalie immer für die Rechtsgelehrten nicht ohne Schwierigkeiten gewesen zu seyn scheint, und wenigstens von Seiten der ältern griechischen Interpreten, die doch wohl den Gerichtsgebrauch ihrer Zeit am besten kennen mußten, die Worte ex continenti nicht blos nur, wie der erläuternde Zusatz id est triduo proximo es will, auf eine dreitägige Frist angedeutet werden, sondern auf die ganze Zeit, wonach kein Urtheil erfolgt ist [8]).

Irre ich nicht, so ist es zuerst der eigenthümliche Character der oft angeführten Gesetzstelle, der bei ihrer Deutung ins Auge gefaßt werden muß. Was wohl zu merken ist: die Kaiser Diocletian und Maximian erscheinen in der angeführten Gesetzstelle nicht sowohl als eigentliche Gesetzgeber, sondern vielmehr nur als erkennende Richter. Sie geben nicht darauf aus, eine Sanction der Legislation auszusprechen, sondern sie beschäftigen sich nur damit, eine motivirte Entscheidung über ein bei ihnen angebrachtes Gesuch zu geben. Das, was man als eine legislatorische Enunciation von ihnen ansieht, und worauf unsere oben angeführte gewöhnliche Theorie gebaut ist, ist nichts

---

8) Neque absurdi aliquid dici potest, (sagt Thalelaeus C. a. a. O. S. 44. nach der Uebersetzung von Ruhnken) si verba ex continenti ad totum litigationis tempus extendantur. Etenim in prima Digestorum parte de Pactis didicimus in eo, qui sub tutela est, per verba ex continenti omne tutelae tempus intelligi. Quare et hic verba ex continenti, specialiter in constitutione adjecta capias pro toto usque ad sententiam tempore.

Digitized by Google

weiter, als das Auffassen auf die Entscheidung influirender Momente des den Kaisern vorgelegten Falles. Der Fall aber, der ihnen vorlag, und den sie hier entscheiden, war ein Gesuch um Cassation eines gerichtlichen Erkenntnisses, aus dem Grunde, weil dieses Erkenntniß auf ein irriges factisches Zugeständniß eines Advocaten der Partei gebaut sey, welche um die Cassation des Erkenntnisses und Wiedererneuerung des entschiedenen Rechtsstreits nachsuchte. Zur Rechtfertigung dieses Gesuchs hatte sich der Beschwerdeführer auf den Rechtssatz bezogen, der Irrthum der Advocaten könne den Parteien nicht nachtheilig seyn. Indessen hatte er zugleich zugestanden, oder es gieng aus den Acten hervor, das für irrig ausgegebene factische Zugeständniß war in Gegenwart der Partei erfolgt, und sie hatte der Erklärung ihres Sachführers nicht widersprochen, auch selbst das darauf gebaute Erkenntniß, ohne Einwendung eines Rechtsmittels rechtskräftig werden lassen. — Und diese Momente sind es, welche Diocletian und Maximian benutzen, um der um Cassation nachsuchenden Partei die Unzulässigkeit ihres Gesuchs zu zeigen, und die Abweisung desselben zu rechtfertigen; ohne sich jedoch dabei im mindesten über die Frage auszusprechen, unter welchen Bedingungen im Allgemeinen der Widerruf eines factischen Geständnisses eines Advocaten von seiner Partei zu- oder unzulässig sey? ob der widerrufenden Partei das Widerrufs- und Berichtigungsrecht unbedingt zu gestatten sey, oder bedingt durch den Nachweis eines vorgekommenen Irrthums? Diese Fragen berührt offenbar die kaiserliche Entscheidung nicht. Auch brauchte sie sie nach der eigenthümlichen Lage des gegebenen Falls ganz und gar nicht zu berühren. Es war nicht von den Bedingungen und Folgen des Widerrufs, nicht davon die Rede, wem im Falle der Zulässigkeit desselben der Beweis obliege; sondern nur von der Zulässigkeit des Widerrufs an sich war die Frage. Davon, daß der Beschwerdeführer den Beweis des Irrthums hätte führen wollen, findet sich in der angeführten Gesetzstelle auch nicht die geringste Andeutung. Es wäre also allerdings eine sehr unnöthige Digression gewesen, wenn die Entscheidung, oder ihre Motive, diesen Punct mitberührt hätten. Blos darauf hatte sich der Beschwerdeführer bezogen, daß der factische Irrthum der Advocaten den Parteien nicht nachtheilig seyn könne, und nur darum drehte sich die Untersuchung, ob diese Einrede statt finden könne, oder nicht. Offenbar geht man also viel zu weit, und trägt in die Entscheidung etwas hinein, was in ihr ganz und gar nicht liegt, wenn man aus den aus der Lage der Sache hervorgehenden, von den Kaisern benutzten, Motiven den allgemeinen Satz ableiten will: bei einem

auf der Stelle, oder innerhalb drei Tagen, erfolgten Widerspruch, oder bei der Einwendung eines Rechtsmittels gegen das, auf das angeblich irrige Zugeständniß gebaute, Erkenntniß sey der Widerruf und die Berichtigung unbedingt, und ohne allen Beweis des vorgefallenen Irrthums zulässig. So etwas läßt sich aus der angeführten Gesetzstelle selbst dann nicht herausdeuten, wenn man auch ihren oben angeführten eigenthümlichen Character bei Seite setzt, und das, was nur als ein aus den eignen Verhältnissen desfalls entnommenes Motiv der Entscheidung angesehen werden muß, und wirklich ist, als allgemeine legislatorische Enunciation ansieht, und unter die Kategorie wirklicher gesetzlicher Bestimmungen subsumirt.

Selbst aus diesem Gesichtspunct die Stelle betrachtet, giebt sie weiter nichts, als eine allgemeine Andeutung der Zulässigkeit des Widerrufs und der Berichtigung, wenn solche auf der Stelle, oder in der Appellationsinstanz, erfolgt; keineswegs aber die Sanction der Unbedingtheit jenes Widerrufs- und Berichtigungsrechts, das die gemeine Meinung daraus abzuleiten gesucht hat. Die Worte cum te praesente neque causam palam ex continenti, id est triduo proximo contradixisse, neque post sententiam appellationis remedia, si tibi haec displicebant, usum esse proponas, — diese Worte sagen, selbst als eine reine legislatorische Enunciation betrachtet, weiter nichts, als: der Widerruf und die Berichtigung des factischen Irrthums des Advocaten ist selbst dann zulässig, wenn das angeblich irrige, factische, in Beisein des Clienten erfolgte, Zugeständniß des Advocaten sofort, oder in der Appellationsinstanz, widerrufen und berichtigt wird. Keineswegs aber sprachen sie die unbedingte Zulässigkeit eines solchen Widerrufs und einer solchen Berichtigung aus, die man daraus abzuleiten sucht; — nicht bedenkend, wie sehr diese Deutung, wenigstens in Bezug auf die Appellationsinstanz — in Widerspruche steht, eben sowohl mit der Natur der Sache, als mit der in der oben angeführten zweiten Gesetzstelle gegebenen Forderung, daß der Widerrufende den Irrthum zu erweisen habe. Wäre die Unbedingtheit des Widerrufs und der Berichtigung in dem Falle, wo solche auf der Stelle erfolgt, nicht, wie ich vorhin bemerkt habe, in der Natur der Sache begründet, auf keinen Fall würde sie sich aus der zuletzt angeführten dritten Gesetzstelle erweisen lassen. Nur von der Zulässigkeit des Widerrufs an sich ist hier die Rede; ganz und gar aber nicht von ihrer Unbedingtheit. Und wenn

Digitized by Google

Danz [9]) und Glück [10]) einen Rechtfertigungsgrund für die Unbedingtheit des Widerrufs- und Berichtigungsrechts in der Appellationsinstanz darin zu finden glauben, daß durch die Appellation die Sache in den Zustand zurückversetzt werde, in welcher sie zur Zeit der Einlassung auf die Klage war, so wird wohl Niemand das Gezwungene und Unzulängliche dieser Argumentation, und dieser versuchten Rechtfertigung der gewöhnlichen Meinung verkennen. In der angeführten Gesetzstelle ist wenigstens ganz und gar nichts, das darauf hindeuten könnte, den Kaisern Diocletian und Maximian habe bei ihrer Entscheidung ein solches Argument vorgeschwebt, als sie den Widerruf für unzulässig erklärten, weil in dem ihnen vorgelegten Falle der Beschwerdeführer sich bei dem Erkenntnisse der ersten Instanz beruhigt, und dagegen kein Rechtsmittel eingewendet hatte.

Soll die Lehre von dem Widerrufs- und Berichtigungsrechte irriger Zugeständnisse der Advocaten auf feste und haltbare Grundsätze zurückgeführt werden, so kann dies meiner Ansicht nach nicht anders geschehen, als mittelst sorgfältiger Berücksichtigung der verschiedenen, hier möglicher Weise eintretenden, Falle, und mittelst umsichtiger Behandlung derselben, nach den dafür feststehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur der Sache. — Aber die zwei Hauptfälle, welche hier möglich sind, und wohl gesondert werden müssen, bilden sich dadurch, daß eben sowohl im Laufe eines anhängigen Rechtsstreits von dem Widerrufe und der Berichtigung irriger factischer Zugeständnisse der Sachführer der Parteien die Rede seyn kann, als nachher, nach der rechtskräftigen Entscheidung der Sache. Was den letzten Fall betrifft, — von dem ich hier zuerst reden will, — ist es wohl unverkennbar, daß bei ihm der Grundsatz unserer Gesetzgebung, der Irrthum über Thatsachen ist dem Irrenden nicht nachtheilig, nicht ohne Einschränkung angenommen werden kann. — Im Wesen aller processualischen Verhandlungen ist das Streben nach Ausmittelung der Wahrheit in Beziehung auf die zwischen den Parteien streitigen factischen Umstände ein characteristischer Hauptpunct, und in diesem Hauptpunct spricht sich der eigentliche Endpunkt des ganzen Proceßverfahrens, und aller dabei vorkommenden, das factum betreffenden, Erörterungen und Vorschritte der Parteien, so wie des Richters aus. Mit diesem Endpuncte aller processualischen Verhandlungen aber

9) Grundsätze des ordentlichen Processes §. 44. S. 142.

10) Erläuterung der Pandecten Bd. V. S. 115.

würde die rücksichtslose Gestaltung der Unschädlichkeit des Irrthums über bestrittene Thatumstände im auffallendsten Widerspruche stehen, und um dieses Widerspruchs willen kann denn auch das Recht zum Widerruf und Berichtigung des Irrthums in der Regel nur auf den Lauf des Processes beschränkt seyn. Die Pflicht beider Parteien, dem Richter über die streitige Thatumstände möglichste Klarheit und Wahrheit zu geben, benimmt dem Irrthum den Entschuldigungsgrund und die Verzeihlichkeit, auf der die oben angedeutete bekannte Rechtsregel ruht; und dieselbe Berechtigungen, welche die Parteien für aussergerichtliche Verhältnisse daraus für sich ableiten können, können sie beim Processe auf keinen Fall ansprechen. Sucht also irgend eine Partei nach beendigtem Rechtsstreite das rechtskräftige Erkenntniß aus dem Grunde anzufechten, weil sie sich selbst, oder ihr Sachführer, in Bezug auf factische, auf die Entscheidung der Sache wirksam gewesene Zugeständnisse geirrt habe, so liegt es in der Natur der Sache, daß sie mit diesem Einwande gegen das rechtskräftige Erkenntniß nur dann gehört werden mag, wenn sie nicht blos nur den Irrthum, sondern nächst dem noch ihre Schuldlosigkeit dabei, ausreichend nachzuweisen vermag, oder — was ein und dasselbe ist, — wenn die Umstände so geeignet sind, daß ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen das in Rechtskraft übergegangene Erkenntniß, nicht versagt werden mag. Mit Recht knüpft daher die canonische Gesetzgebung [11]) das Widerrufs- und Berichtigungsrecht eines von den Parteien erst nach der rechtskräftigen Entscheidung der Sache gerügten factischen Irrthums an die gesetzliche Frist für Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand überhaupt. Und daß dabei nicht blos nur diese Frist, und die in ihr liegende Bedingung, der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beachtet werden müsse, dieß geht auch noch daraus hervor, daß selbst bei Verträgen, welche der eine oder andere vertragende Theil wegen eines dabei vorgegangenen Irrthums anfechten will, das Nicht- oder Falsch-

11) C. 2. de in integr. rest. in VIto. — Si adversus confessionem, in judicio a se factam, laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum intra quadriennum, ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat: non est, (nisi aliquid rationabile adpareat, quod aliud sufaerit faciendum) ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare, hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum. M. vergl. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse S. 89 ff.

Digitized by Google

wissen überhaupt nur in sofern in Betracht kommt, als ein unverschuldeter Irrthum vorliegt, und jenes Nicht- oder Falschwissen nicht durch grobe Nachlässigkeit des angeblich Irrenden verschuldet ist [12]); — ein Punct, der gewiß um so dringender bei einer Restitution wegen Irrthums bei einem Processe beachtet werden muß, weil hier alle Verhältnisse es den streitenden Parteien dringend gebieten, sich möglichst vor Irrthum zu wahren.

Aber gerade in der den Parteien obliegenden Pflicht sich bei processualischen Verhandlungen schon wegen der Grundtendenz derselben möglichst vor Irrthum zu wahren, — gerade in dieser Pflicht liegt auch das Hauptmoment, für die Zulässigkeit des Widerrufs, und der Berichtigung factischer unrichtiger Angaben, während der ganzen Periode der Dauer der processualischen Verhandlung, und der Hauptgrund, warum bis zur Rechtskraft der Erkenntnisse jeder Widerruf und jede Berichtigung factischer Zugeständnisse, oder sonstiger Erklärungen, ohne weitere Rechtfertigung der Schuldlosigkeit des Irrthums zugelassen werden muß, und wirklich nach den Bestimmungen unserer Gesetzgebung zugelassen wird [13]). Den Widerruf und die Berichtigung des Irrthums hier durch Bedingungen bedingen wollen, auf welchen die Zulässigkeit des Widerrufs und der Berichtigung des Irrthums gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß ruht, — dies würde das ganze processualische Verfahren mit sich und seiner Grundtendenz in den auffallendsten Widerspruch bringen. Giebt also eine Partei im Laufe eines Processes an, sie habe sich irgendwo in Bezug auf factische Verhältnisse geirrt, so kann nicht davon die Frage seyn, *ob sie schuldlos oder aus Versehen sich geirrt habe*, sondern die ganze Untersuchung, welche über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit ihres Widerrufs und ihrer Berichtigung entstehen kann, mag nur die einzige Frage betreffen, *ob sie sich wirklich geirrt habe*, und ob das, was sie über die streitigen That-

12) L. 45. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.); L. 16. §. 2. D. de liberal. caus. (XL. 12.); L. 15. Cod. de rescind. vend. (IV. 44.); §. 33. J. de act. (IV. 6.); L. 2. D. de in integr. rest. (V. 1.); Thibaut System des Pandectenrechts (2te Aufl.) Thl. I. §. 145; v. Makeldey Lehrbuch der Institutionen des heutigen röm. Rechts (Gießen 1814. 8.) §. 773. S. 847.

13) M. vergl. L. 7. C. de jur. et fact. ignor. (I. 18.) Error facti nec dum finito negotio nemini nocet. Nam causa decisa velamento tali non instauratur. Sehr gut ist übrigens diese Materie behandelt in der Allg. Preuß. Gerichtsordnung Thl. I. Tit. X. §. 27. a. u. b.

Digitized by Google

umstände zugestanden oder erklärt hat, wahr oder unwahr sey, oder — mit andern Worten — alles dreht sich nur um die Frage: ob sie die Unrichtigkeit der von ihr früher zugestandenen Thatsache, oder abgegebenen Erklärung über das streitige Factum, beweisen kann oder nicht? Von diesem Beweise mag sie, — was die von ihrem Sachführer abgegebene Erklärung angeht, — nur dann dispensirt werden, wenn sie den Widerruf und die Berichtigung jener Erklärung gleich auf der Stelle giebt, oder, wenn man die im Eingange angeführte dritte Gesetzstelle, so wie sie vorliegt, ohne Berichtigung des vielleicht nicht ganz ächten Textes, annimmt, innerhalb dreier Tagen von der Zeit der abgegebenen Erklärung an gerechnet [14]). Doch scheint es mir, nach dem, was ich vorhin über den wahren Werth der Gesetzstelle gesagt habe, richtiger zu seyn, die Freiheit vom Beweise des Irrthums, blos nur auf den sofortigen Widerruf im engern Sinne zu beschränken. Bei jedem spätern Widerrufe, ohne Unterschied, er erscheine binnen drei Tagen oder nachher, aber den Beweis zu fordern [15]). Auf jeden Fall ist indessen ohne Ausnahme dieser Beweis jeder Zeit nothwendig, wenn der Widerruf und die Berichtigung späterhin erfolgt. Nie kann der Umstand, daß der Widerruf und die Berichtigung nicht gleich in der ersten, sondern erst in der folgenden Instanz erfolgt, in Ansehung der Verbindlichkeit zum Beweise des Irrthums einige Rücksicht verdienen; denn bei jedem Widerruf und jeder Berichtigung, welche nicht auf der Stelle erfolgen, ist der Grund vorhanden, der den Beweis der Unrichtigkeit der frühern Angabe nöthig macht. Der Grund der Nothwendigkeit des Beweises liegt in dem zu berichtigenden Irrthume selbst. Indem die Partei ihre Sachführer als irrend darstellt, giebt sie stillschweigend zu, daß sie sich nicht die Mühe genommen habe, ihn ausreichend über das Factum zu verständigen; sie gesteht also mittelbar, daß sie ihrer Pflicht, für die Erforschung der Wahrheit beim Processe wirksam zu seyn, nicht mit der nöthigen Strenge treu gewesen sey. Und da sie sich auf diese Weise als unzuverlässig darstellt, wie kann wohl ihren weiteren Erklärungen so geradezu getraut werden, wenn sie nicht mit dem Beweise derselben den Beweis der Unrichtigkeit ihrer

---

14) M. vergl. Leyser Med. ad Pand. Tom. I. sp. XLVIII. nr. 7. S. 501. Zu einer andern Meinung bekannte sich das Ch. Sächs. Appellationsgericht bei Berger E. D. F. Tom. I. tit. XVI. obs. 1. not. 3.

15) Thibaut a. a. O. Thl. III. §. 1092.

Digitized by Google

frühern Erklärung und des Irrthums ihres Sachführers giebt? Daß derjenige, der seine, oder seines Sachführers, factische Zugeständnisse als irrig widerruft und berichtigen will, den Beweis des Irrthums oder der Unrichtigkeit der zugestandenen Umstände zu führen habe, liegt zu tief im Wesen der Dinge, als daß es sich nur irgendwo bezweifeln ließe. Das Gegentheil annehmen, hieße der Chikane streitsüchtiger Parteien Thür und Thor öffnen.

Ob übrigens derjenige, der eine Erklärung seines Sachführers widerruft und berichtigen will, noch vor oder erst nach dem Beschlusse in der Sache mit seinem Widerrufe hervortritt; ferner, ob in dem Falle, wo er in seiner Abwesenheit vorgekommene Aeußerungen nicht auf der Stelle widerruft, bei den zu berichtigenden und zu widerrufenden Erklärungen seines Sachführers, an- oder abwesend gewesen sey; ferner, ob der Gegentheil die zu berichtigenden Erklärungen und Zugeständnisse bereits acceptirt hat, oder nicht; — alles dieses kann weder in Rücksicht auf die Zuständigkeit des Widerrufs- und Berichtigungsrechts überhaupt, noch auch in Bezug auf die Pflicht zum Beweise der gerügten Unrichtigkeit etwas entscheiden. Auf die Acceptation der Erklärung kommt hier um deswillen nichts an, weil kein Zugeständniß, das an sich unwirksam ist, je durch sie Bündigkeit erlangen kann [16]). Die Anwesenheit eines Clienten bei den Vernehmlassungen und factischen Erklärungen seines Sachführers aber kann in Rücksicht auf den Beweis des Irrthums, den er nicht sofort berichtigt hat, die Lage dieses Clienten weder verschlimmern, noch kann die Abwesenheit desselben bey der Erklärung seines Sachführers sein Loos etwas verbessern. Hat der bei der Erklärung seines Sachführers anwesende die unrichtigen Aeußerungen des Letztern nicht sofort berichtigt, und muß er hinterher den Beweis der Unrichtigkeit des Vorbringens seines Sachführers übernehmen, und einen Beweis von Thatsachen führen, welche außerdem sein Gegner vielleicht hätte führen müssen, so ist dieses nichts weiter, als die Folge seiner Schuld, seiner Nachlässigkeit bei der Instruction seines Fürsprechers, oder seiner Unachtsamkeit auf das, was jener vor Gericht vorgebracht haben mag. Widerruft aber eine, bei der Vernehmlassung ihres Fürsprechers nicht zugleich anwesende Partei dessen Erklärungen und Zugeständnisse als unrichtig, so trifft sie die Last des Beweises der Unrichtigkeit aus dem Grunde, weil sie ihren Sachführer entweder nicht gehörig in-

16) Weber a. a. O. S. 86. — Anderer Meinung ist J. H. Boehmer Introd. in Jus Digest. Lib. III. tit. 1. §. 6.

Digitized by Google

struirt, oder ihn bei seinen Verhandlungen vor Gericht durch ihre persönliche Theilnahme nicht gehörig controlirt hat. Ueberhaupt entscheidet nach der Natur der Natur der Sache nicht die Art und Weise, wie der Irrthum entstand, über die Beweispflichtigkeit der denselben berichtigenden Partei, sondern die Beweispflicht geht unbedingt aus dem Irrthum hervor, und dem Irrthum folgt die Beweispflicht der Unrichtigkeit, den Fall des sofortigen Widerrufs allein abgerechnet, ohne Einschränkung auf dem Fuße. Wenn daher Weber [17]) meint, die dreitägige Widerrufungsfrist, die man auf den Grund der oben angeführten dritten Gesetzstelle, und ihrer gewöhnlichen Deutung, dem anwesenden Clienten in Rücksicht auf die in seiner Gegenwart vorgekommenen Erklärungen seines Sachführers zugebt, müsse auch dem Abwesenden zugestanden werden, der factische Zugeständnisse seines Sachführers für irrig ausgibt, — wenn, sage ich, Weber dieses meint, so scheint ihm meiner Ansicht nach das wahre Verhältniß der Dinge entgangen zu seyn. Wahr ist es zwar allerdings, der bei der Vernehmlassung seines Sachführers anwesende Client, der die Erklärungen seines Fürsprechers auf der Stelle berichtigen konnte, und dieses nicht that, kann nicht schonender behandelt werden, als der Abwesende; und insofern dieses die gemeine Meinung thut, hat sie allerdings Unrecht. Aber die Pflicht zur Uebernahme des Beweises der Unrichtigkeit geht keineswegs hervor, aus der An- oder Abwesenheit der Partei, sondern sie liegt — wie ich hier nochmals bemerken muß — lediglich im Irrthum; und wenn der Anwesende, der diesen Irrthum sofort berichtiget, um deswillen von jenem Beweise frei ist, weil er diese Berichtigung sofort vorgenommen hat, also diesen Vortheil als einen Lohn seiner Anwesenheit und Aufmerksamkeit zieht, so bedarf es wohl keiner Bemerkung, daß der Abwesende, gerade um deswillen, weil er abwesend war, diese Vergünstigung nicht ansprechen kann. Der Abwesende muß immer den Beweis der Unrichtigkeit führen, gleichviel er mag die Unrichtigkeit sofort rügen, als er sie in den Acten entdeckt, oder er mag dies innerhalb drei Tage von dieser Entdeckung angerechnet thun, oder später. Kann und will aber der Widerrufende den Beweis der Unrichtigkeit führen, so kann für die Uebung seines Widerrufsrechts natürlicher Weise keine andere Gränze gezeichnet werden, als die Rechtskraft des in der Sache ergangenen, auf die unrichtige factische Erklärung des Sachführers gebaueten, Erkenntnisses,

17) A. a. O. S. 95 u. 96.

Digitized by Google

und zwar ohne Unterschied, die widerrufende Partei mag bei den Erklärungen ihres Sachführers vor Gericht anwesend gewesen seyn, oder nicht. Das Widerrufs- und Berichtigungsrecht der Parteien blos nur auf die dreitägige Frist beschränken wollen, wo den bei den Erklärungen ihres Sachführers anwesenden Parteien ein unbedingtes Widerrufs- und Berichtigungsrecht zustehen soll, dieß würde, wie ich oben gezeigt habe, das ganze processualische Verfahren mit sich in Widerspruch bringen. Auch beschränkt die oben angeführte dritte Gesetzstelle, wenn man sie nach der gewöhnlichen Weise deutet, nicht das Widerrufsrecht überhaupt in so enge Gränzen, sondern nur das unbedingte; und, was das Widerrufsrecht im Allgemeinen angeht, will sie nur das, daß nach erlangter Rechtskraft die Einrede der Unrichtigkeit, auch wenn sie bewiesen werden kann, nicht so geradezu zugelassen werden sollte [18]). Darum haben denn unsere Rechtsgelehrte allerdings nicht Unrecht, wenn sie die Uebung dieses Widerrufs- und Berichtigungsrechts selbst nach dem Beschluß der Sache noch für zulässig erklären [19]). Mag auch der Beschluß der Sache in der Regel den Verhandlungen der Parteien über die streitigen Puncte ein Ende machen, nie kann damit das Forschen nach Wahrheit begränzt werden, das die Grundtendenz der processualischen Erörterungen bilder; und da der Widerspruch und die Berichtigungen, von welchen hier die Rede ist, nur auf jenes Forschen berechnet sind, so ist es wohl von selbst klar, daß die Gränze des Widerspruchs- und Berichtigungsrechts auch noch über den Schluß der Sache hinausgezogen werden muß.

Ob der Widerruf und die Berichtigung mündlich oder schriftlich abgegebene Erklärungen und factische Zugeständnisse des Sachführers zum Gegenstande hat, auch dies kann auf die Zulässigkeit des Widerrufs und der Berichtigung an sich keinen Einfluß haben. Dasselbe, was von dem Widerrufe oder der Berichtigung mündlich abgegebener Zugeständnisse und Erklärungen des Sachführers gilt, muß auch von schriftlich abge-

---

18) M. vergl. Brunnemann Comm. ad L. 3. C. de error. adv. u. Weber a. a. O.

19) M. vergl. Leyser Med. ad Pand. T. I. sp. XLVIII. m. 5. u. T. VII. sp. CCCCLXV. m. 5. Danz Grundsätze des ordentl. Processes §. 44. S. 142. Glück Erläuterung ꝛc. Bd. V. S. 112. u. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 67. S. 16. Wenn Grolman übrigens das Widerrufsrecht bei annahend gewesenen Parteien blos nur auf die dreitägige Frist beschränkt, so läßt sich diese Behauptung wohl nicht rechtfertigen.

Digitized by Google

gebenen gelten [20]). Nur fragt es sich noch, ob die in der mehrmals angeführten dritten Gesetzstelle dem Widerrufenden und Berichtiger nach der gewöhnlichen Meinung zugestandenen Vergünstigung auch so geradezu dem zugestanden werden könne, der den factischen Inhalt einer von seinem Sachführer gefertigten, von ihm unterschriebenen Schrift widerrufen und berichtigen will. Mir scheint der Fall eines sofortigen Widerrufs, den Diocletian und Maximian bei ihrer Entscheidung annehmen, bei einer schriftlichen Eingabe der Parteien zwar wohl denkbar zu seyn; doch dürfte er äußerst selten wirklich vorkommen. Es ist wohl möglich, daß derjenige, der eine von seinem Sachführer gefertigte und von ihm, dem Clienten, selbst unterschriebene Schrift bei Gericht einreicht, bei der Uebergabe sofort erklärt, sie enthalte in diesem oder jenem Puncte Unrichtigkeiten. Doch zuverlässig wird dieser Fall sehr selten vorkommen. Der Client, wenn er nur einigermaßen bedenkt, was seinem Vortheil zusagt, wird lieber dem Sachführer seine Schrift zur Berichtigung zurückgeben, als daß er sie bei Gericht exhibirt, und sich wegen der Berichtigung ihrer Irrthümer hier den damit immer verknüpften Verlegenheiten aussetzt. Andern Theils aber ist und bleibt es immer etwas Widersinniges, sich zu etwas durch seine Unterschrift zu bekennen, und die Richtigkeit dieses Bekenntnisses sofort widerrufen zu wollen. So etwas verräth eine Unzuverlässigkeit im Denken und Handeln, die gewiß keinen Beifall verdient. Um deswillen ist denn aber auch hier gewiß die größte Strenge nothwendig, und wenn die Vergünstigung, welche Diocletian und Maximian dem sofortigen Widerrufe zugestehen, überhaupt bei schriftlichen Erklärungen der Sachführer den Parteien zugestanden seyn soll, so ist sie doch wohl blos nur auf den zugleich bei der Uebergabe der Schrift erfolgenden Widerruf und die hier gegebene Berechtigung zu beschränken, von der dreitägigen Frist aber wohl ganz und gar kein Gebrauch zu machen. Hat der Client die von ihm unterschriebene und bei Gericht übergebene Schrift seines Sachführers entweder gar nicht, oder nicht mit der gehörigen Aufmerksamkeit gelesen, ehe er sie übergab, so verdient er wohl kein Mitleid, wenn er beim Widerruf und der Berich-

20) Wenn Struben R. B. Bd. I. S. 136. meint, es sey um deswillen niemanden zu gestatten, zu widerrufen, was sein Schriftsteller eingeräumt hat, weil dadurch unsere Processe noch mehr verlängert und verwirrt werden, so läßt sich dieses wohl keineswegs rechtfertigen. Das Streben, die Processe abzukürzen, läßt sich nicht auf Kosten der Wahrheit verfolgen. Man vergl. Weber a. a. O. S. 97. u. 98.

tigung der hinterher darin entdeckten Unrichtigkeiten einen Beweis übernehmen muß, den er sich bei gehöriger Aufmerksamkeit und Bedächtlichkeit hätte ersparen können. Eigentlich und genau genommen erscheint der Client als selbstsprechend, und behauptet er: die Schrift enthalte Unrichtigkeiten, so kann er in Rücksicht auf das Berichtigungsrecht derselben nicht nach Grundsätzen vom Irrthum der Sachführer beurtheilt werden, sondern nach dem, was in Ansehung der Berichtigung eigener Zugeständnisse der Parteien gilt, und hat daher in allem Falle die unbedingte Pflicht den Irrthum zu erweisen. Sieht man aber den Clienten nicht als selbstsprechend an, so erscheint dasjenige, was ihm hier sein Sachführer sprechen und erklären läßt, gleichsam als eine Erklärung des Sachführers in Abwesenheit des Clienten, und dieselben Grundsätze, die überhaupt den Widerrufenden und Berichtiger den Beweis der Unrichtigkeit zur Pflicht machen, treten hier in voller Stärke und Unbedingtheit ein. Sieht man endlich den Clienten um deswillen, weil er die Schrift unterschrieben hat, als eine bei den Erklärungen und Zugeständnissen ihres Sachführers gegenwärtige Partei an, so steht der Ausdehnung des Widerrufsrechts, die die Entscheidung von Diocletian und Maximian der bei der Erklärung ihres Sachführers anwesenden Partei zusteht, der von Alexander in der oben angeführten ersten Gesetzstelle ausgesprochene Rechtsgrundsatz entgegen, was die Sachführer in Gegenwart der Parteien vorbringen, sey so anzusehen, als hätten es die Parteien selbst erklärt, und die Vergünstigung Diocletians und Maximians läßt sich für den Berichtiger um deswillen nicht ansprechen, weil diese Vergünstigung den klaren Worten der Entscheidung nach, nur von sofortiger Berichtigung mündlicher Erklärungen des Sachführers spricht. Und außerdem muß auch noch das beherzigt werden, daß Gordian in der oben angeführten zweiten Gesetzstelle mit dürren Worten den Widerruf schriftlicher Erklärungen durch den Beweis des Gegentheils oder der Unrichtigkeit bedingt. — Kurz, man bringe die Sache unter einen Gesichtspunct, unter welchen man wolle, immer ist der Widersprechende und Berichtiger von der Pflicht den Beweis der Unrichtigkeit zu führen, nie frei zu sprechen, und auf die dreitägige Frist, die man nach der gewöhnlichen Meinung in der Entscheidung Diocletians und Maximians dem, bei der Erklärung seines Sachführers, Anwesenden zuspricht, kann er in keinem Falle Ansprüche machen. Hat endlich der Client die Schrift, deren factischer Inhalt von ihm der Unrichtigkeit bezüchtigt wird, nicht unterschrieben, so treten ganz unbedingt die Grundsätze ein, welche bei der Berichtigung einer Erklärung eintreten, die ein Sachführer in Abwesenheit

Digitized by Google

seiner Partei gab. — Vom unbedingten Widerrufe kann hier gar nicht die Rede seyn. Es sey denn, der Widerrufende behaupte und könne nachweisen, er habe von dem Sachführer, der für ihn schrieb, diese Dienstleistung ganz und gar nicht verlangt, sondern dieser habe sich unbefugter Weise in seine Angelegenheiten gemischt, wo denn allerdings dasjenige, was der unberufene Sachführer schrieb, ganz und gar keine Rücksicht verdienen kann, aber auch von einer Anwendung der Grundsätze von der Verbindlichkeit der Clienten, die factischen Erklärungen ihrer Sachführer anzuerkennen oder nicht anzuerkennen, ganz und gar nicht die Rede seyn mag.

Uebrigens brauche ich wohl nicht zu bemerken, daß es in der Natur der Sache liegt, daß derjenige, der irgend einen Irrthum seines Sachführers widerruft und berichtigt, immer und in jedem Falle, er mag den Beweis der Unrichtigkeit übernehmen oder nicht, die Verbindlichkeit auf sich habe, dem Gegner alle Kosten zu ersetzen, welche das für unrichtig angesprochene Zugeständniß beim Gange des Processes veranlaßt haben mag. Wenn es billig ist, daß eine Partei durch Irrthum des Advocaten nicht ganz ihres Rechts verlustig werde, so ist es gewiß eben so billig, daß dem Gegner durch vergebliche Kosten und vergebliche Handlungen kein Schaden zugefügt werde. Der Client, welcher jene Kosten auf sich nehmen und dem Gegner ersetzen muß, mag sich desfalls an seinen Sachführer halten, der ihm überhaupt in jedem Falle wegen der nachtheiligen Folgen seiner unrichtigen Vorträge verantwortlich bleibt, insofern dem Clienten nicht selbst desfalls einige Schuld zur Last fällt [21]).

So viel über die Deutung der im Eingange dieser Betrachtungen angeführten drei Stellen der römischen Gesetzgebung, und über die aus ihnen abgeleitete gemeine Meinung unserer Rechtsgelehrten. — Nun zum Schluß noch eine mir nicht unwichtig scheinende Bemerkung. — Wenn man die angegebenen Gesetzstellen mit einiger Aufmerksamkeit der Betrachtung würdigt, so dringt sich die Bemerkung auf, daß sie von einem ganz andern Falle reden, als der ist, wo man ihre Aussprüche gewöhnlich bei uns anzuwenden pflegt. Die Gesetzstellen sprechen deutlich nur von Advocaten, im römischen Sinne, von bloßen rechtlichen Beiständen der streitenden Theile und Verfassern ihrer Proceßschriften [22]), und den Erklärungen dieser

21) M. vergl. Weber a. a. O. S. 98. u. 99.

22) M. vergl. L. 1. §. 11 D. de extraord. cogn. (L. 12.); u. L. 1. §. 2 — 4. D. de postul. (III. 1.) Hofacker a. a. O. Tom. III. §. 4275. S. 709. u. Glück a. a. O. Bd. I.

für die Parteien. Keineswegs aber reden sie von Advokaten in dem Sinne, wie wir diese Fürsprecher der Parteien bei unsern teutschen Gerichtshöfen ansehen, wo die Begriffe von blosen rechtlichen Beiständen, — was dem Römer seine Advocaten waren, — und wirklich bevollmächtigten Sachführern, — was sich der Römer unter Procuratoren dachte [23]), — gewöhnlich völlig verschmolzen sind. Aber gerade darin, daß man das, was die römische Gesetzgebung über ihre Advocaten und das Verhältniß zu ihren Clienten ausgesprochen hat, so geradezu auf unsere teutsche Advocaten, und das Verhältniß dieser zu den sie mit Vollmacht versehenden streitenden Theilen übertragen hat [24]), — gerade darin scheint mir noch ein Hauptirrthum und ein Hauptgebrechen unserer gewöhnlichen Theorie und der aus den oben angegebenen Gesetzstellen zu liegen, der den aufmerksamen Prüfer unserer Theorie sehr bedenklich machen muß. Mit Recht hat schon Berger [25]) auf dieses Verhältniß der Dinge aufmerksam gemacht; schade nur, daß er es bei einer blosen Andeutung derselben bewenden ließ, und daß er über die verbindliche Kraft irriger Zugeständnisse des Bevollmächtigten für seine Gewaltgeber Grundsätze aufstellt, die sich wohl schwerlich rechtfertigen lassen möchten. Wenn nämlich Berger meint, der Irrthum des Bevollmächtigten könne um deswillen für den Machtgeber nicht nachtheilig seyn, weil dieser jenen nicht zum Irrthum bevollmächtigt habe, so ist damit eigentlich so viel als nichts gesagt. In der Rolle, die der

---

S. 99. u. 245. — Von den eigentlichen Advocaten, die sich zunächst nur mit mündlichen Vorträgen befaßt haben mögen, unterschieden sich die tabelliones, die sich mit der Verfassung schriftlicher Aufsätze für ihre Clienten befaßten. L. 9. §. 1 — 5. D. de poenis (XLVIII. 19.). Von diesen ist eigentlich in L. 2. C. de error. advoc. die Rede.

23) M. vergl. L. 1. pr. D. de proc. (III. 3.). — Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.

24) Namentlich thut dieses Weber a. a. O. S. 88. ff. u. Thibaut a. a. O. §. 1092. und auch Leyser a. a. O. u. Struben a. a. O. sprechen in den dort behandelten und entschiedenen Rechtsfällen, nicht von Advocaten im römischen, sondern nur von Advocaten im teutschen Sinne.

25) M. vergl. dessen E. D. F. T. I. tit. XVI. obs. 1. not. 4. S. 463. — Caeterum meminerit sententiam praedictae legis ultimae (C. de error. advoc.) ad procuratorem non pertinere. Cum enim procurator causam semper absente persona principali tractet, et speciali ad errandum mandato destituatur, recte dicemus, ejus errorem, nullo discrimine, juris an facti, fuerit, mandati nunquam esse.

Digitized by Google

Bevollmächtigte beim Processe spielt, liegt es nur zu klar, daß sein Irrthum allerdings für seinen Gewaltgeber nachtheilig seyn muß. Selbst abgesehen von dem dominio litis, das die römische Gesetzgebung dem Procurator zuspricht, liegt die Verbindlichkeit des Gewaltgebers, auch die Folgen den Irrthums des Procurators über sich ergehen zu lassen, zu tief in der Natur der Sache, als daß sie sich nur mit einigem Scheine bezweifeln ließe. Auch spricht die römische Gesetzgebung [26]) unbedingt den Satz aus: eine durch Nachlässigkeit oder Gefährde ihres Bevollmächtigten in Schaden gekommene Partei könne um deswillen das in der Sache ergangene rechtliche Erkenntniß nicht anfechten, sondern müsse sich wegen des sie hierdurch treffenden Schadens an ihren Bevollmächtigten halten. Und wenn die Praxis unserer teutschen Gerichtshöfe weniger strenge Grundsätze befolgt, und den durch Nachlässigkeit oder Gefährde ihrer Anwälte in Schaden gekommenen Parteien die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unbedingt zugesteht [27]), so hat dies auf die hier vorliegende Frage: in wie weit ein irriges factisches Zugeständniß eines bevollmächtigten Anwalts von dem Gewaltgeber widerrufen und berichtigt werden könne? ganz und gar keinen Einfluß. Widerrufen und berichtigen lassen sich allerdings die factischen Zugeständnisse und Erklärungen eines Bevollmächtigten eben so gut, als die Zugeständnisse und Vernehmlassungen eines bloßen Fürsprechers und rechtlichen Beistandes; denn bei Irrthum über Thathandlungen ist, wie ich oben bemerkt habe, selbst bei eigenen Erklärungen der Parteien den Widerruf und die Berichtigung derselben nicht nur zulässig, sondern vielmehr ganz in der Natur der Sache gegründet. Nur das ist zu merken, der Widerruf der Zugeständnisse und Erklärungen des Bevollmächtigten zieht in jedem Falle nothwendig die Pflicht zum Beweise der Unrichtigkeit der widerrufenen Erklärung nach sich, und die von den Kaisern Diocletian und Maximian den Parteien, in Bezug auf den Widerruf der Zugeständnisse ihrer Advocaten ertheilte Vergünstigung kann von dem, der eine factische Erklärung seines Bevollmächtigten widerruft und berichtigt, höchstens nur dann angesprochen werden, wenn der Vollmachtgeber bei der Erklärung seines Anwalts zugegen ist, und dessen Zugeständnisse auf der Stelle berichtigt. Die dreitägige Frist aber,

26) L. 10. C. de procur. et defensor. 2. 13.

27) M. vergl. Danz a. a. O. §. 43. S. 131. in d. Note i, und die dort angeführten Rech.slehrer.

die man zum Widerrufe des Zugeständnisses eines bloßen Fürsprechers aus der Entscheidung Diocletians und Maximians ableitet, diese Frist kann der Gewaltgeber bei der Berichtigung seines Bevollmächtigten nie ansprechen. Der Beweis der Unrichtigkeit liegt ihm in jedem Falle ob, wo die Berichtigung nicht auf der Stelle erfolgt. Uebrigens aber bewegt sich das Widerrufsrecht bei Irrthum der Fürsprecher und bei Unrichtigkeiten der Bevollmächtigten in völlig gleichen Gränzen, und zieht in Rücksicht auf seine Wirkungen und Folgen ganz dasselbe nach sich, was deßfalls den Berichtiger eines Irrthums seines bloßen rechtlichen Beistandes treffen mag.

IX.

In wie fern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt?

Von
Dr. C. Zimmern, in Heidelberg.

Mehrere Stellen befreien denjenigen gänzlich von der Obligation, welcher, zur Erfüllung bereit, nur durch des Creditors schuldvoll verweigerte Annahme (mora accipiendi) daran verhindert worden [1]). Die Allgemeinheit dieser Stellen leidet aber

1) L. 9. fin. de solutt. „— Qui hominem debet, partem Stichi dando, nihilo minus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest: sed si debitor reliquam partem Stichi solverit, vel per actorem steterit quo minus accipiat, liberatur.“ L. 72. pr. eod. „Pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.“ L. 105. de V. O. „— Si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.“ L. 39. de R. J.

Digitized by Google

eine bedeutende Einschränkung durch eine Reihe anderer Zeugnisse, wonach zu diesem Zwecke die bloße oblatio nicht genügt, sondern nach verweigerter Annahme versiegelte Depositon an einem öffentlichen Orte hinzukommen muß [2]). Der scheinbare

---

„In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per ullum morae sit, quo minus fiat.“ — Nov. 91. c. 2.

2) Cicero ad Att. Lib. 6. ep. 1. (ed. Bip. Tom. 8. p 261) — „Consistere usura debuit, quae erat in edicto meo, deponere volebant;“ Lib. 5. ep. ult. eod. (T. 8. p. 255.) „Ut in fano deponerent postulantibus non concessi.“ Cic. ad famil. Lib. 13. ep. 56. (T. 7. p. 489.) „Caunii debent, sed ajunt, se depositam pecuniam habuisse. Id velim cognoscas, et si intellexeris, eos neque ex edicto neque ex decreto depositam habuisse, des operam ut usurae Cluvio (dem Creditor) instituto tuo conserventur.“ — L. 1. §. 3. D. de usur. „— Si tutelae judicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, et pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.“ L. 7. eod. „Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit, et eam, cum accipere noluisset, obsignavit, ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum.“ L. 18. §. 1. eod. „Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur.“ Eben ſo L. 41. §. 1. eod. L. 28. §. 1. de adm. et perie. tut. „— Justius mihi videtur, eum, per quem non steüt, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.“ L. 6. L. 9. C. de usur. (4. 32.) „— Quodsi sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris.“ L. 19. eod. „Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis, creditoribus post contestationem offeras: at si non suscipiant, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens judex super ea re aditus de-

Digitized by Google

Widerspruch verschwindet leicht, sobald man darauf achtet, daß alle Stellen, welche der Depositionen gedenken, sammt und sonders nur von baaren Geldzahlungen reden [3]), woraus mithin das Resultat entsteht: „Regel ist zwar, daß der Schuldner von der Obligation frei wird, sobald der Gläubiger durch gehöriges Anerbieten in Verzug gebracht worden, daß aber bei Geldschulden zu dieser oblatio (erweislich schon seit Cicero's Zeit [4])) versiegelte gerichtliche Depositionen folgen muß. Dahin muß also die gewöhnliche Meinung, welche bei allen Objecten Depositionen fordert, und nur, durch die Natur der Sache genöthigt, bei schuldigen Factis [5]) und Immobilien eine Aus-

---

poni eas disposuerit: quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur, et jus pignorum tolletur. —" L. 9. C. de solutt. (8. 43.) L. ult. de luit. pign. (8. 31.) — L. 10. 12. C. de pign. act. (4. 24.); der Sinn der letzten Stelle ist: der Schuldner kann dem Gläubiger die aus dem Pfand gezogenen Früchte anrechnen, und den Rest baar bezahlen, oder, wenn sich der Creditor weigert, deponiren. — S. noch L. 39. D. de solutt. L. 56. §. 1. mand. L. 61. de fidejuss. L. 2. C. de usur.

3) Es muß zwar der Ausdruck pecunia nicht immer von Geld verstanden werden, aber er wird doch vorzugsweise so gebraucht, und kann also, wenn eine Reihe Stellen nur von pecunia spricht, gewiß ausschließlich diese Bedeutung haben.

4) S. Note 2). Daß man Geld in Tempeln deponirte, war übrigens schon eine alte Sitte, Plautus, Bachid. II. Vers. 72. „Nos apud Theotimum omne aurum deposuimus, qui illic sacerdos est Dianae Ephesiae."

5) So erklärt man nämlich die Worte der L. 39. de R. J. „In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit, quo minus fiat," um ihrem Widerspruch zu entgehen; wiewohl das „pro facto" nicht anderes ist, als unser „geschehen, vollzogen," und durchaus allgemeine Bedeutung hat.

Digitized by Google

nahme macht [6]), zu berichtigen. Dafür spricht aber nicht nur die Wortfassung unserer historischen Zeugnisse, sondern auch der Geist des ganzen Instituts. Vorerst steht der Ausdehnung jener Stellen der äußere Grund entgegen, daß sie nicht Deposition allein, sondern stets versiegelte Deposition fordern, die doch größtentheils nur bei Gelde möglich seyn wird, weshalb sich auch manche veranlaßt sahen, zwar die Deposition der Sache allgemein, aber die Versieglung derselben nur dann zu fordern, „wenn sie dazu geartet ist [7])." Aber eben diese den Gesetzen unbekannte, und doch nach der gewöhnlichen Meinung unumgänglich nöthige Beschränkung zeigt, daß wirklich nur für Geldschulden eine solche Verordnung existirte, indem der Schluß auf andere Objecte nicht etwa auf einer bloßen Ausdehnung, sondern erst auf einer Restriction der gesetzlichen Erfordernisse beruhen würde. Aber selbst der Grund der gesetzlichen Einrichtung gestattet keineswegs eine solche Ausdehnung. Denn so billig und zweckmäßig die bei Geldschulden zur Tilgung der Obligation geforderte obrigkeitliche Deposition ist, so lächerlich und unthunlich wäre es, wenn man ein Pferd ins Rathhaus reiten, oder Wein in den Rathskeller (oder, um mit den Römern zu sprechen, in den Tempel) abliefern müßte, damit man seiner Schuld entledigt werde [8]). Ferner liegt der Hauptvortheil,

---

6) Glossa ad L. 19. C. de usur. Lauterbach de depos. juris Diss. Tom. 2. Diss. 63. §. 15. Thibaut Pand. §. 111. mit §. 104. a. E. Schweppe Privatrecht §. 391. — Donellus Comm. Lib. 16. cap. 14. §. 15. 16 nimmt auch noch die Thiere aus, und meint, für Immobilien müßte man einen Curator stellen, und Thiere wo möglich mit einem signum versehen, auf allen Fall aber für gute Hüter sorgen, wenn es aber nicht gienge, so bliebe freilich nichts übrig, „quam ut res sibi habeat, ut ante."

7) Thibaut §. 111. Schweppe §. 391.

8) Auch bei Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte S. 475. 476. findet sich die Bemerkung, daß die Deposition nur anwend-

Digitized by Google

welchen der Schuldner aus der Tilgung der Obligation erhalten soll, im gehemmten Zinslaufe [9]), und grade dieser wird in unsern Quellen als der Zweck der Deposition angegeben [10]), obgleich auch Verpfändungen und Bürgschaften dadurch erlöschen, eben so gut wie durch einfaches Anerbieten in den Fällen,

---

bar sey, wenn Geldschulden und höchstens wenn eine leicht zu transportirende bewegliche Sache anderer Art Gegenstand der Forderung sey.

9) Nämlich der vertragsmäßigen Zinsen; denn zur Freiheit von Verzugszinsen irgend einer Art, auch der auf den Fall des Verzugs versprochenen, bedarf es allerdings keiner Deposition, L. 122. §. 5. de V. O. L. 73. §. ult. eod., Cujacius ad Afric. L. 89. de solutt. (I. p. 1504.) Und es ist so wenig ein Grund vorhanden mit Glück B. 4. S. 421. und vielen ältern zum Theil daselbst Note 67. 68. angeführten Juristen zur Abwendung künftiger mora (mag sie nun schon angefangen haben oder nicht, ex re oder ex interpellatione entstanden seyn) Deposition zu fordern, als mit manchen ältern gar die angeführten Fragmente zu der den klarsten Stellen widersprechenden Behauptung zu benutzen, es sey nie Deposition zur Sistirung des Zinslaufes nöthig; daher eine Ausführung dieses Streits hier nicht in meiner Absicht liegt, I. Cujac. l. c. u. Thibaut §. 105. a. E. — Auch in L. ult. de leg. comm. wird ein Käufer von den Folgen der mora frei gesprochen, obgleich er das zur Zahlung bereite Geld nicht deponirt hatte.

10) S. die Stellen in Note 2). Die L. 7. de usur. schließt mit den Worten: „Quodsi postea conventus ut solveret, moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.“ Diese deuten auf den Fall, daß der Schuldner das deponirte Geld wieder zurückgenommen hat, Cujacius ad leg. 7. in libr. 2. resp. Papin. (IV. p. 209.), Noodt de foenore et usur. III. 15., Donellus l. c. §. 9.; denn, sagt der Letztere, es heißt nicht „si interpellantis sit, eum moram facere“ sondern: „si interpellatus moram fecerit.“ Der Creditor erwirbt nämlich eine actio utilis, da die obligatio schon durch Deposition ipso jure getilgt war, L. 19. fin. C. de usur. u. Donell. l. c. §. 6 — 10.

Digitized by Google

wo daſſelbe zu ſeiner Vollendung nicht der Depoſition bedarf [11]). Nun iſt es aber grade wieder eine Geldſchuld, wo der Name Zinſen vorkömmt, und dieſe werden billiger Weiſe ſo lange gezahlt, als man auf des Gläubigers Koſten vom Gelde Gebrauch macht. Früchte, Pacht- und Miethgelder zieht oder zahlt man freilich auch von andern Objecten, und wenn der Gläubiger ſeinem Schuldner dieſen Gewinn zu beweiſen vermag, ſo kann jenem die Entſchädigung, eben ſo wenig wie das Hauptobject, billiger Weiſe nicht vorenthalten werden, ſelbſt wenn der Gläubiger nach ſeiner mora fordernd auftritt [12]). Aber es möchte am ſchwerſten fallen, demjenigen, der Geld ſchuldet, zu erweiſen, daß er daſſelbe unbenutzt zu des Gläubigers Dispoſition habe liegen laſſen, und nichts iſt billiger, als daß die Geſetze dem Schuldner, welcher das fremde Geld wirklich nicht mehr verzinſen, und folglich auch nicht mehr gebrauchen will, einen ſo leichten Weg eröffnen, der ihn von dem Vorwurf eines auf fremde Koſten heimlich gemachten Gewinns befreit,

---

11) Das erſte ſagt unter mehreren der angef. Stellen L. 19. C. cit. am deutlichſten, und beweißt dadurch zugleich das zweite, daß, wo Depoſition nicht nöthig iſt, das bloße gehörige Anerbieten dieſe Wirkung haben müſſe, was auch durch die allgemeinen Worte der L. 6. §. 1. D. quib. mod. pign. „Qui paratus est solvere, merito pignus videtur liberasse," durch L. 9. §. ult. de pign. act., eben ſo wie durch die Regel der L. 43. de solutt. beſtätigt wird.

12) L. 23. fin. L. 24. de recept. (4. 8.), „Si arbiter mo tibi certa die pecuniam dare jusserit, tu accipere noluisti, posse defendi, ipso jure poenam non committi. Sed si postea ille paratus sit accipere, non impune me non daturum, non enim antea feceram. L. 9. sol. matr. „Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur: fructus tamen qui pervenissent ad virum redduntur." L. 26. eod. L. 17. de per. et comm. rei vend. L. 72. pr. de solutt.

Digitized by Google

den Gläubiger aber der Schwierigkeit des Beweises überhebt. Leichter aber wird es dem Letzten, mir nachzuweisen, ob ich sein Pferd nach der Hand noch geritten oder vermiethet, und darum ist jenes hier unthunliche Auskunftsmittel in solchem Fall auch weniger nöthig. —

Der allgemeine Einwurf wäre möglich, wie denn der Schuldner nach getilgter Obligation noch zur Herausgabe des nachher Gewonnenen um so mehr also der schuldigen Sache selbst könnte angehalten werden, oder vielmehr, daß eben dieses für die Fortdauer der Obligation zeuge? Allein eine mit den Folgen der mora solvendi gezogene Parallele wird die auf Billigkeit gegründete Natur dieses Princips rechtfertigen. Bekanntlich darf der Gläubiger die Annahme möglicher und bereiter Zahlung des in Verzug gekommenen Schuldners auch nach dieser mora nicht weigern, sofern sein Interesse nicht vermindert ist, und dies wird auf dem Wege einer exceptio oder replica doli erreicht, selbst wenn der Gläubiger streng genommen nicht weiter an die Obligation gebunden seyn sollte, wie er denn von dort an nur dolus (culpa lata) verantwortet [13]). Diese purgatio morae ist aber genau dieselbe bei der mora accipiendi. Hier darf umgekehrt der Schuldner nicht die mögliche und nachher geforderte Leistung weigern, sofern kein rechtliches Interesse im Wege steht. Daher muß er das vorhandene Object und den gemachten Gewinn auch nachher herausgeben, und darf sich dieser Pflicht ebenfalls nicht unredlicher Weise (wozu immer die culpa lata mit gehört) entziehen. Aber durch wirkliches Interesse wird er dazu, vorbe-

13) L. 73. §. 2., L. 91. §. 3. de V. O. „— Celsus adolescens scribit, eum qui moram fecit, in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur.“ L. 135. §. 2. eod. — L. 17. de const. pec. (13. 5.). L. 23. pr. de recept. (4. 8.). L. 26. sol. matr.

Digitized by Google

hältlich der redlichen Verfahrungsart, eben so berechtigt, wie der Creditor, wo es keine Chikane ist, der nachherigen Zahlung des morosen Schuldners ausweichen darf. Beläßtigt also den Schuldner die längere Aufbewahrung des vom Creditor nicht angenommenen Objects, so darf er sich dessen allerdings entledigen, jedoch immer so, daß ihm keine Unredlichkeit, keine Chikane dabei zur Last falle. Nun könnte es wohl möglich seyn, daß er im einzelnen Falle nur durch gerichtliche Deposition diesem Vorwurf entgienge, aber wann dies so sey, ist — Geldschulden ausgenommen — eine durchaus factische Frage, wie es denn auch grade bei Geld immer, sonst aber nicht leicht thunlich seyn wird. Darum ist es bei Geld zur allgemeinen Pflicht gemacht, während die versäumte Deposition bei andern Objecten nur da verantwortet werden muß, wo der Richter den Umständen nach in dieser Versäumniß einen dolus (culpa lata) findet [14]), was aber auch dann der Fall seyn würde, wenn unsere Gesetze von Deposition ganz schwiegen, indem jene Verantwortlichkeit nicht Folge einer speciellen Pflicht, sondern der concreten Anwendung allgemeiner Principien ist. Wollte also z. B. wer einen bestimmten Wein zu fordern hat,

---

14) Wie denn auch in Nov. 91. c. 2. von versiegelter Deposition mobiler Sachen, als von etwas, was man allenfalls über die Oblation hinaus noch thun könnte, die Rede ist — „et parata sit haec solvere aut etiam aliquid majus peragere et offerat forsan, et si mobilis sit signacula etiam imponat et secundum leges recondat," d. h. auf die durch gesetzliche Bestimmung für die gehörige Deposition vorgezeichnete Weise; denn dadurch entgeht man aufs Sicherste jeder Verantwortlichkeit, obgleich vielleicht bei weitem weniger genügte. Eben so enthält L. 2. f. C. de jure emph. (4. 66.) (welche übrigens blos von Geld spricht) nicht ein mit Präjudiz verbundenes Gebot der Deposition, sondern die Stelle erlaubt sie blos als ein Mittel sich auf allen Fall vor jeder Chikane sicher zu stellen, (indem es ja sonst kommen könnte, daß man die mora creditoris nicht zu beweisen vermöchte).

Digitized by Google

solchen nach geschehenem mit Präjudiz verbundenem Anerbieten von Seiten des Schuldners dennoch nicht abnehmen, dieser aber hätte ein Interesse, seine Fässer leer zu haben, so darf er sich nun freilich im Nothfalle, sofern er mit Redlichkeit zu Werke geht, des Weins entäußern, also solchen zu des Creditors Vortheil verkaufen, oder auch lieber andere Fässer miethen, aber auch, wenn sich dort kein Käufer hier kein Vermiether findet, oder Mangel an Raum das letzte verbietet, kurz im Nothfalle, wenn nämlich auch, wie dies bei den Römern der Fall seyn mochte, kein öffentlicher Keller zur Aufnahme des Weins bereit ist, denselben ausgießen. Auch auf die Bemerkung: warum er nicht lieber den Wein gelassen und den Schaden berechnet habe? ließe sich den Umständen nach antworten, daß das mögliche Interesse, welches ihm der Gebrauch der Fässer verschafft haben würde, nicht hätte nachgewiesen werden können. Dies alles ist nur eine von Ulpian selbst [15]) in einem concreten Falle versuchte facti-

15) In L. 1. §. 3. 4. L. 2. de per. et comm. rei vend. §. 5. „Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur, si tamen, cum possit effundere non effundit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere: sed ita demum, si interfuit ejus, inania esse vasa, in quibus vinum fuit, veluti si locaturus ea fuisset, vel si necesse habuit alia conducere dolia. Commodius est autem conduci vasa, nec reddi vinum, nisi, quanti conduxerit, ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est, quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.“ Um die Größe des vom Käufer zu bezahlenden Werthes bestimmen zu können, muß beim Ausgießen allerdings dafür gesorgt werden, daß man das Quantum bemesse, L. 1. §. 4. cit. Cuj. obs. II. 36. Bynkershoek obs. VI. 25. nr. 2. u. überhaupt Glück B. 17. S. 183. Note 42. Den Sinn obigen Gesetzes

sche Anwendung des einzigen hierbei möglichen Rechtssatzes: „Des Gläubigers mora darf des Schuldners Interesse nicht im mindesten beeinträchtigen [16]), nur muß dieser mit Redlichkeit zu Werke gehn, eben so wie dem Gläubiger gegen den morosen Schuldner die Chikane versagt ist.“ — Alle diese Grundsätze zeigen von einem so gesunden practischen Sinne, daß es bezweifelt werden darf, ob sich eine neue Gesetzgebung zu andern bekennen dürfte, und es befremden muß, wie man sie im röm. Rechte verkennen konnte. Denn namentlich hält man die angeführte Entscheidung Ulpians, ob es sich gleich schwer einsehen läßt, wie eine andere möglich wäre, für eine Singularität beim Verkaufe von Wein [17]), oder nach andern [18]) „wenn jemand eine fremde Sache auf seinen Fässern hat,“ und müßte also bei schuldigem Oehle oder Getraide Deposition fordern! Aber wie, wenn in der ganzen Gegend kein dazu bereiter Ort sich fände! Offenbar ist diese Behauptung nur ein Nothbehelf, erzeugt durch die irrige Ansicht, daß Deposition für alle Objecte Regel sey, wogegen man nun einen Widerspruch in dieser Stelle findet. Aber eben dazu soll sie hier dienen und beweisen, daß nicht einmal auf andere s. g. fungible Dinge die verordnete Deposition des Geldes auszudehnen sey. Denn Ulpian spricht hier von dem Ausgiesen des Weines auf eine Weise, die nicht im entferntesten auf eine Singulare schließen läßt; um so weniger, als alle in dem ganzen nicht kleinen Fragmente, so wie in den folgenden Stellen enthaltenen Fälle immer nur den Wein zum

Gesetzes berührt auch Gensler, in comm. de emtione venditione quae fit ad mensuram rel. Jenae 1814. §. 10. not. 18.

16) Daher ist auch die Frage: ob ein Erbe das vertragsmäßig nur seinem Miterben zu veräußernde Gut einem Fremden verkaufen dürfe? in L. 122. §. 3. de V. O. dahin entschieden: „wenn der Miterbe die gebotene Annahme verweigert, so könne sich der nun auswärts verkaufende Erbe gegen jeden Anspruch durch die exceptio doli schützen.

17) Donellus l. c. §. 18. Thibaut §. 171.

18) Schweppe a. a. O. §. 391.

Gegenstande ihrer casuistischen Entwicklung allgemeiner Regeln nehmen. Es wäre darum nichts auffallender, als wenn grade in der Mitte derselben, ohne eine zurechtweisende Bemerkung, und dazu in den Digesten, und unter einer so allgemeinen Rubrick, wie de periculo et commodo rei venditae, von einem Singulare die Rede seyn sollte, noch dazu auf eine raisonnirende Weise, wie sie nur bei allgemeinen Grundsätzen, nicht bei positiven Singularitäten, denkbar wäre.

X.

Einige Bemerkungen über das eigenhändige Registriren oder Protocollführen*) der Richter, und über das Amt eines Actuars.

Von dem

Rath und Amtmann Oberländer, zu Königsberg in Franken.

Dem Richter, als solchem, liegt es ob, die Verhandlungen der Rechtsstreitigkeiten zu leiten, die vorgetragenen Thatsachen mit dem Gesetz zu vergleichen, dessen Willen auszusprechen, und

---

*) Registriren und Protocolliren hat nicht in allen teutschen Ländern und Gerichten eine ganz gleiche Bedeutung. Bisweilen verstehet man unter Protocoll die officielle Niederschrift einer Handlung der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit — eines nicht streitigen Rechtsgeschäfts — unter Registratur aber die amtliche Niederschrift einer processualischen Verhandlung. Bisweilen bezeichnet Protocoll sowohl erstes als letztes — in Gegenwart und unter Concurrenz der streitenden Theile oder deren Interessenten niedergeschrieben — dann aber Registratur im speciellen Sinne jede kleinere nachrichtliche Beurkundung im Innern des Gerichts, ohne Beiseyn der Interessenten, z. B. das Präsentatum der einlaufenden Schriften, Niederschrift der Relationen des Gerichtsdieners u. dgl. Hie und da verstehet man aber auch unter Registratur geradezu jedes Protocoll; daher auch der Gerichtsschreiber —

durch die ihm anvertraute Vollziehungs-Gewalt zu realisiren [1]). Das Niederschreiben der vor Gericht vorkommenden Verhandlungen und zu beurkundenden Ereignissen gehört nicht in seinen Wirkungskreis. Dieses Beurkundungs-Geschäft ist vielmehr einem zweiten Subject übertragen — dem Gerichtsschreiber [2]). Für diesen geziemt es sich nicht, in des Richters Handlungen sich einzumischen. Doch ist er gleichsam auch die Controle über die Handlungen des Richters, muß diese beurkunden, sie seyen legal oder illegal. Alles dieses ist in der Natur der Sache gegründet. Denn die Rechtspflege ist zu wichtig für die Regierung und die Regierten, als daß jene einem einzelnen Subject mit Sicherheit anvertraut werden könnte.

Auch das gemeine teutsche Recht will, daß die Justizpflege nicht heimlich, sondern öffentlich sey, daß, wenn gleich die Gerichtsthür der Regel nach nur den nächsten Proceßinteressenten offen stehet, doch Urkunden — Acten — entstehen und aufbewahrt werden sollen, welche alle Interessenten, und allenfalls auch das Publikum, bestimmt und klar unterrichten können, wer vor Gericht verhandelt habe, was verhandelt wurde, und wie der Richter hierbei verfuhr [3]).

Actuar — bisweilen unter dem Namen Registrator vorkommt. Registratur, nicht als Handlung eines Subjects und nicht als Urkunde betrachtet, bezeichnet auch das Local der amtlichen Expedition und den Inbegriff der in Ordnung zu haltenden currenten Acten; in welchem Verhältniß man unter Archiv die beendigten, zur Aufbewahrung reponirten, Acten verstehet. Der Actuar oder Registrator kann aber auch zugleich Archivar seyn. Vergl. Hofmann, in der teutschen Reichsprax. Thl. I. §. 20. u. 21. Oelze, in der Anleitung zur ger. Praxis. §. 19. ff. Martin, Lehrb. des t. b. Processes §. 69.

1) Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens 1 Abth. Kap. 1. T. 1. §. 27. S. 26. Martin, in dem Lehrb. des t. b. Proc. §. 61.

2) Auch Secretair, Actuar, Registrator, Greffier u. dgl. genannt. Er könnte auch wie vormals Notarius heißen, weil er notirt — officiell niederschreibt — und so findet man noch Protonotarien, i. e. Obergerichtsschreiber. Doch ist ihr Geschäftskreis durch ihre Dienstinstruction bestimmt, und beschränkter als der der ehemal. kais. Notarien, welche aber auch als Gerichtsschreiber requirirt werden konnten. S. Martin, a. a. O. §. 63. u. 77. Danz, in den Grundsätzen des gem. ordentlichen Processes §. 45. Den Gerichtsschreiber im gesetzlichen Sinn verwechsle man nicht mit dem Abschreiber — Canzellisten, Copisten u. dgl.

3) Gensler, in dem Beitrag zur Gesetzgebung. Heidelb. 1819. S. 22 — 26.

Digitized by Google

Auch römische Gerichtspersonen waren an den Gebrauch solcher officiellen Urkunds-Männer absolut gebunden [4]), und das canonische Recht verordnet ausdrücklich, als Bedingung der Rechtsgültigkeit gerichtlicher Verhandlungen, daß bei diesen der Richter entweder einen Notarius oder statt dessen zwei glaubhafte Zeugen zuziehen solle [5]). Wenn nun auch, auf Civilsachen hingesehen, die einheimischen Gesetze jenes Gebot nicht bestimmt aussprechen, so bleibt doch das recipirte Hülfsrecht stehen, besonders die Vorschrift des canonischen Gesetzes. Auch zeigten sich Notarien und Gerichtsschreiber in den Gerichten unserer Altvordern sobald, als man anfienge, die gerichtlichen Verhandlungen nicht mehr blos dem Gedächtniß der zahlreichen Schöppen anzuvertrauen, sondern selbige, wenn gleich im Kurzen, zu Papier brachte. In Rücksicht auf Strafsachen wurde ausdrücklich geboten, daß neben dem Richter und Schöppen auch ein besonderer Gerichtsschreiber angestellt, und mit einem für ihn ausdrücklich und besonders vorgeschriebenen Eid auf treue und pünktliche Niederschrift der Gerichtshandlungen vereidet werden solle [6]). Landesgesetze haben häufig auf für die Uebung der Civiljurisdiction ähnliche Vorschriften gegeben und anerkannt, „jedes Gericht bedarf eines Gerichtsschreibers“ [7]),

---

4) Glück, in der Erläut. der Pand. B. 6. §. 528. ibi leg. et isti all.

5) Man höre die Worte der Gesetze: Quoniam contra falsam assertionem iniqui judicis innocens litigator rel., statuimus, ut tam in ordinario judicio quam in extraordinario judex semper adhibeat aut publicam, si potest habere, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant rel. Cap. 11. x. de probatione. Und ferner: Et canonica et civilia jura sequentes districtius inhibemus, ne unius judicis, quantaecunque fuerit auctoritatis, verbo credatur in causis, sive super testamentis, sive super quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur. Cap. 28. x. de test. et attest.

6) C. C. C. art. 5. 46. 47. 56. 94. 181.

7) z. B. in Sachsen. Churf. Decis. 39. Proc. Ord. Tit. 2. §. 6. Martini, in comm. ad h. loc. Sind in Civil-Rechtsstreitigkeiten Acten absolut wesentlich? Martin in dem Lehrb. des teutschen Processes §. 18. scheint es zu behaupten. Es verneint es aber Gensler, in dem Handb. zu jenem Lehrb. B. I. Abh. 3. S. 61. Wenn die Parteien durch ausdrücklichen Vertrag übereinkommen können, „der Richter solle ihren mündlich vorgetragenen Rechtsstreit nun mündlich entscheiden, ohne Zuziehung eines Actuars, oder dessen Protocoll,“ so muß auch ihre stillschweigende Uebereinkunft hierunter von Wirkung, und

Man findet nun zwar hie und da, besonders in Patrimonial-Gerichten, die ganze Justiz-Verwaltung einem einzigen Mann anvertraut, folglich das Richteramt und die Stelle eines Gerichtsschreibers in einer Person vereiniget; und nichtsdestoweniger werden die geführten Protocolle für gültig beweisend angenommen [8]). Allein dennoch kann man nicht sagen: die Praxis — dieser unsichtbare Sündenbock, welchem man alles gesetzlose geradezu auf die Hörner bindet — habe hierunter die bestehenden Gesetze und die Sicherheit der Justizpflege aufgelöset. Leider findet man hie und da jene Vereinbarung, jedoch so, daß der Richter auch als Actuar vereidet wird — bei der Anstellung sowohl den Richtereid als den Amtseid eines Gerichtsschreibers schwört und so, obgleich physisch nur Ein Subject, doch zwei Amtspersonen in sich vereiniget — als Gericht, als moralische Person, dastehet u. handelt. Hat er den Amtseid eines Actuars nicht geschworen, so sind und bleiben seine Protocolle glaublos, und keine Praxis [9]) sichert

---

sogar die auf mündliche Verhandlungen mündlich ausgesprochene Entscheidung der Rechtskraft fähig seyn." Die L. 5. Cod. de legibus u. L. 3. Cod. de sent. et peric. recit. schließet eine contra bonos mores und gegen das jus publicum nicht anlaufende Uebereinkunft der Privatinteressenten wohl nicht aus — somit wäre gar mancher Verzicht rechtsunmöglich, und auch das wirklich Verhandelte, jedoch aus Irrthum, Nachläßigkeit u. s. w. nicht protocollirte, wäre eine Nulle, könnte es auch der behauptende Interessent als geschehen klar beweisen. Was wegen des Objects unterbleiben kann, Nov. 17. Cap. 3. Nov. 83. pr. muß auch durch den Consens der Parteien beseitiget werden können, ist nur diese Uebereinkunft bewiesen, sey es auch blos aus schlüssigen Handlungen.

8) Hofacker Princ. jur. civ. T. 3. §. 4256. p. 689. Danz a. a. O. §. 45. S. 142. folg. Glück a. a. O. S. 452. Dabelow, Handbuch des heut. gem. röm. und teutsch. Privatrechts Thl. 2. Abh. 2. §. 1666. Struben, rechtl. Bed. Thl. 2. B. 51. S. 171. B. 79. S. 299.

9) Was Struben, a. a. O. Thl. 2. Bed. 51. hierunter an- und ausführt, und auch manche andere bedeutende Rechtsgelehrte für eine Praxis ausgeben, z. B. Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. §. 1108. stehet mit dem Buchstaben, Sinn und Zweck, der heilsamen Gesetze im directen Widerspruch, und jeder, welcher eine sie aufhebende Praxis behauptet, wird deren Beweis schuldig bleiben müssen. Was einzelne meinen, oder was in einzelnen Fällen aus Leichtsinn, Ignoranz u. s. w. geschahe, oder unangefochten bliebe, ist keine Praxis. Will man eine solche behaupten, so kann sie sich nur darauf beschränken, daß wann ein doppelter Amtseid — als Richter und als Actuar — diese moralische Person in einem physischen Subject hie und da vereiniget, man dieses für zur gerichtlichen

sie als angefochten gegen Nichtigkeit [10]). Der Actuar ist ein schriftlicher Zeuge und verdient ungeschworen um so weniger Glauben, da es schon eine Ausnahme von der Regel ist, durch einen Zeugen vollkommen zu beweisen [11]). Leider! kann man sagen, findet sich jene Vereinbarung — landesgesetzlich oder gerichts-herkömmlich erlaubt — nicht aber durch eine Praxis hervorgebracht — dabei jedoch auch häufig mit solchen Nebenanstalten verbunden, welche die Gefahr mindern, und wohl das gemeinrechtliche übertreffen. Es sitzen dann ge-

---

Gewißheit ausreichend gelten läßt, und daß alsdann auch die Person des Richters, jedoch nicht als solcher, sondern als geschworner Gerichtsschreiber, protocollirt und registrirt.

10) Das nämliche gilt in Ansehung nicht streitiger Rechtsgeschäfte z. B. bei Aufnahme eines Testaments. Conf. not. 5. ibi lex. Es sind diese den Gerichten mit anvertraute Handlungen großen Theils noch wichtiger, als die Leitung und Entscheidung eines Rechtsstreits, und es ist daher ein durchaus gesetzwidriges und dem Gemeinwohl höchst gefährliches Princip, wenn man behaupten will, der Richter könne als solcher auch allein jene Handlungen vollziehen und auch beurkunden. Gerade in diesem Gebiet der Rechtsgeschäfte sollte die Person des Richters u. Actuars nie verschmolzen seyn, oder das Geschäft sollte wenigstens durch beisitzende unterschreibende Urkundspersonen gedeckt werden. Auch kann weder dort noch hier der Rechtssatz: legalitas judicis praesumitur Martin, a. a. O. §. 60. ibi leg. not. zur Anwendung kommen. Denn erst muß die Competenz und die äußere Bedingung der Legalität vorliegen, ehe jene Präsumtion eintritt. Wenn der Richter außer dem Bezirk seines Begriffes und Amtes handelt, so handelt er illegal, und solche Handlungen will kein Gesetz mit eine Vermuthung der Gesetzlichkeit bewaffnen.

11) Und zwar muß der Actuar ehe er das Protocoll niederschreibt, den Amtseid geleistet haben und dadurch persona publica geworden seyn. Was er ohne diese Eigenschaft, folglich als Privatperson niederschriebe, hat eben nicht mehr Beweiskraft, als die Aussage oder das Attest eines unbeeidigten Zeugens und ein nachgeleisteter Eid kann die qualitas personae publicae nicht rückwärts schaffen. Die auch hierbei von Glück a. a. O. S. 453. angegebene Praxis existirt als Praxis gewiß nicht. Dem Protocollisten soll, indem er protocollirt, sein geleisteter Amtseid schon vorschweben und mit die Feder führen — eine Nachleistung führt den Verdacht mit sich, der Schwörende werde nicht gerne für falsch, irrig oder unvollkommen, erklären wollen, was er, durch einen Eid nicht gefesselt, vorher niederschriebe. Gewiß deshalb gebieten die Gesetze: der Zeuge solle vor der Aussage vereidet werden L. 9. Cod. de testibus und der die Richtigkeit seiner Niederschrift nachher eidlich erhärtende Protocollist ist nur einem Zeugen gleich, u. zwar zugleich in eigener Sache, L. 12. D. et L. 9. §. 1. Cod. Cap. 4. 10. 23. et 28. X. de testibus.

Digitized by Google

wöhnlich zwei geschworne Gerichtsmänner aus der Zahl der Gerichtsunterthanen auch in Civilsachen bei — Urkunds-Schöppen — welche das vom Richter als Actuar in ihrer Gegenwart geführte Protocoll mit unterzeichnen. So geschiehet fast mehr, als das canon. Recht gebietet — die zwei glaubhaften Zeugen sind gegenwärtig, und der so bewachte Richter ist durch einen besondern Eid zur treuen Niederschrift verpflichtet. Nirgends aber wird man finden, daß im peinlichen [12]) Sachen jene Vereinbarung des Richters und Gerichtsschreibers gesetzlich erlaubt, oder auch nur rechtsherkömmlich sey; daher auch die Schriftsteller hierunter wenigstens bedenklicher sind, eine gesetzwidrige Praxis anzuerkennen [13]).

Man findet aber auch, daß in den Gerichten, in welchen neben dem Richter ein besonderer Actuar angeordnet ist, erster dennoch in einzelnen Gerichtsgeschäften registrirt, sey es auch nur der schnellern Expedition wegen. Allein auch diese Registraturen verdienen keinen Glauben [14]), ist derselbe auf die Niederschrift — Beurkundung — nicht vereidet. Nur muß man hiermit nicht verwechseln, was er als Richter — als richterliche Verfügung — decretirend — niederschreibt [15]). Denn

---

12) In nichtpeinlichen Strafsachen wird nur die regelmäßige Besetzung des Gerichts, Richter und Actuar, erfordert, und es tritt also auch hier ein, was von einer Vereinbarung beider officia gesagt wurde. Aber auch schon in dem Instructions-Verfahren eines peinlichen Processes, in der sogenannten General-Inquisition, ist, wenn gleich keine beisitzende Schöppen erforderlich sind, jene Vereinbarung gesetzwidrig; denn die Const. Car. Crim. bezeichnet den Richter und Actuar durchaus als zwei getrennte Subjecte, die einen verschiedenen Amtseid zu leisten haben, vergl. Not. 6. und auch die Einleitung zu einem peinlichen Proceß, schon die Vorfrage: ob er eröffnet werden dürfe? ist schon wichtig genug, um hier jede Heimlichkeit als eine Verletzung des Gemeinwohls anzusehen. Nichts aber kann heimlicher seyn, als wenn der Richter sein von Andern nicht bemerktes Verfahren gegen einen Beschuldigten auch selbst beurkunden darf. Auch hier sind Meinungen, und deren Anwendung in einzelnen Fällen, keine das Gesetz zerstöhrende Praxis.

13) Vergl. Glück a. a. O. S.

14) Cap. 11. X. de probationibus — ibi verba: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciationes, conclusiones, et caetera, quae occurrerint rel.

15) Die Citation muß der Richter decretiren, und kann sie ad acta schreiben, die dilation muß er ertheilen u. s. w.; allein das

dieses hat nicht die Qualität einer bloßen historischen Nachricht. Weniger nicht kann der Richter, als solcher, aus vor seinem Amte legal entstandenen Acten und Urkunden beweiskräftige, deren Inhalt beglaubigende, schriftliche Zeugnisse unter Gerichts-Hand und Siegel ertheilen [16]), wobei er sich aber auf jene Acten speciell beziehen muß, und nur das bezeugen kann, was in denselben unter den gesetzlichen Formen verhandelt und entschieden wurde. Vagen Attesten des Gerichts, z. B. über ein Gewohnheitsrecht, ohne Bezug auf die actenmäßigen Ereignisse, welche jenes gebildet haben, ist keine Beweiskraft beizulegen [17]).

Gleichviel ist übrigens, ob der Richter das Protocoll selbst niederschreibt, oder es einem Actuar in die Feder dictirt — sey nun letzter öffentlich angestellt, oder von dem ersten gemiethet — sey er vereidet oder nicht. Der Gerichtsschreiber, nach dessen wahrem Begriff, muß doch wenigstens die Eigenschaften haben, welche das Gesetz von einem öffentlichen Notar forderte; muß also nicht nur Rechtskenntnisse haben [18]),

---

Beurkunden, daß und wie jene insinuirt, daß die Fristertheilung, das Decret u. s. w. dem Suchenden eröffnet worden sey — ist Sache des Actuars. So ist Cap. all. 11. zu verstehen. Der Justizpflege förderlich und für diese ungefährlich kann es aber seyn, den Richter auf die Registraturen im engsten Sinne (Not. * S. 131.) bei seiner Anstellung mit zu vereiden. Seine Dienstinstruction müßte die Gränze bestimmen, und das Führen jedes Protocolles im speciellen Sinne ausschliessen. Auch die Insinuations- und Publications-Registraturen muß man jenen eigentlichen Protocollen beizählen.

16) Ein großer Theil gerichtlicher Urkunden sind solche Amtszeugnisse, z. B. der Zeugenrotul, gefertiget aus den Verhörsprotocollen, wird der Regel nach nicht vom Actuar unterschrieben, sondern vom Richter, unter Beifügung des Gerichtssiegels. So die Kaufbriefe, Pfandverschreibungen u. s. w. Bei allen wird als Quelle ein vom Actuar geführtes Protocoll vorausgesetzt, und dieses ist der hinreichende Grund der richterlichen Wissenschaft. Vergl. Martin, in dem Lehrb. des t. b. Processes. §. 195.

17) Wie schwankend hierunter die Rechtslehrer sind, kann man finden, wenn man z. B. vergleicht Bülow u. Hagemann B. 3. Erört. 15. §. 8. Quistorp Thl. 2. Bemerk. 29. Reinhardt, in obs. ad Christ. Decis. Vol. IV. obs. 66. Struben, B. 2. Bed. 52. und den allda angez. Ludovici, Leyses etc. Man beherzige aber nur die Worte des Cap. 28. X. de testibus et attest. mit Cap. 11. X. de probat. (Not. 5. S. 33.).

18) Der Zweck des Amtes eines Actuars und der Gegenstand seiner Amtsgeschäfte erfordern es als wesentlich. Wenn die

sondern auch die Fähigkeit, selbst aufzufassen, was vor ihm sich ereignet und verhandelt wird, und dieses in allen wesentlichen und erheblichen Bestandtheilen in treuer kurzer Vollständigkeit niederzuschreiben — hierbei aber auch die Handlung des Richters, damit deren äußere Legalität, oder ihre Illegalität, mitbeurkundet werde [19]). Wird nun das Protocoll dem Actuar vom Richter dictirt, so fertiget ja dieser das Protocoll, und jener ist nur seine Schreibmaschiene — der Actuar ist dann weder Controle des Richters, noch ein Urkunds-Mann [20]). Auf das Protocoll mitachten muß allerdings auch der Richter, als Dirigent der Verhandlungen. Er muß den Actuar auf das Wesentliche aufmerksam machen, und Sorge dafür tragen, daß weder etwas erhebliches vergessen, dunkel u. s. w. niedergeschrieben, noch etwas ganz unerhebliches mit aufgenommen werde; allein dennoch darf das Protocoll selbst nicht von dem Munde des Richters ausgehen; ausgenommen insoweit solcher selbst spricht, zu protocollirende Fragen an die Interessenten richtet, oder decretirt. Denn diese Handlung des Richters ist eben so pünktlich niederzuschreiben, als die Handlung der Partei; und so wie solche von dem Actuar verlangen kann, es solle dieser ihre eigene Worte beibehalten, so wie eine Partei, oder deren Rechtsbeistand, dem Actuar das Vorbringen als solches in die Feder dictiren darf, eben so ist auch dem Richter gestattet, dasjenige, was von ihm ausgehet, dem Gerichtsschreiber vorzusagen, damit es so niedergeschrieben werde. Es ist daher allerdings zu beklagen und als eine Gattung heimlicher Justiz anzusehen, wenn entweder ein Gericht ganz ohne Actuar und ohne Beiseyn glaubhafter

---

Notar. Ord. v. 1512. §. 3. gebietet: der öffentliche Schreiber solle wissen, was das Gesetz vorschreibe und was zur Uebung seines Amtes Noth thue, so ist hiermit gewiß auf desselben Rechtskenntniß als Bedingung seiner Fähigkeit hingedeutet, und wenn gewissenlose Pfalzgrafen hie und da unwissende Copisten als Notarien creirten, so ist dieses kein Grund, jeden Schreibfähigen als zum öffentlichen Amt eines Actuars für fähig zu halten. Dieses Amt muß unter die bedeutenden gerechnet werden — ist in seinen Wirkungen und Folgen nicht weniger wichtig, als das Richteramt.

19) Dann ist die Justizpflege öffentlich, wenn auch die Gerichtsthür nicht jedem offen stehet. Ein selbstständiger, rechtskluger, thätiger Actuar ist die Seele einer schnellen und doch sichern Justizpflege.

20) Gensler, in dem Beitrag zur Gesetzgebung. Heidelb. 18 . S. 25. u. 26.

Digitized by Google

geschworner Urkunds-Männer verwaltet wird, oder wenn der Actuar ein temporärer Miethling, Köstling und Söldling, des Richters ist, weder als Rechtskenner, noch als öffentlicher Beamter selbstständig. Dergleichen Subjecte und Subalternen können, im Gehorsam eines bösartigen Richters, gerade das beste Mittel werden, unter der Form der Legalität die gröbsten Illegalitäten zu verstecken. Sie schreiben nieder, was ihr Herrscher und Brodherr ihnen dictirt, mag es in ihrer Gegenwart sich ereignet haben, oder nicht, und lassen ungeschrieben, was jener Patron nicht dictirt, wäre es auch vom höchsten Belang und die stärkste Illegalität. Dergleichen nachschreibende Personen sind gar keine Actuarien, und auch dann gilt ihre Niederschrift nicht für ein Protocoll, wann der Richter sie mit unterzeichnet [21]). Ist dieser zum Protocoll nicht vereidet, so giebt jene seine eigene Unterschrift keine Beweiskraft — ist er dortzu vereidet, so muß er wenigstens selbst schreiben, wie jeder Notarius [22]). Möchte doch die Gesetzgebung jedes teutschen Landes auch diesem verbauten Felde der gerichtlichen Praxis ein ernstes Auge zu wenden!

---

21) Wenn der als Actuar nicht vereidete Richter das Protocoll von den Interessenten mit unterschreiben läßt, so entsteht zwar eine beweiskräftige Urkunde, allein kein documentum publicum, sondern nur privatum, welches, würde die Verhandlung bezweifelt, zur Recognition vorgelegt werden muß, und der eidlichen Diffession ausgesetzt ist. Vergl. dies. Archiv Bd. 2. S. 320. ff.

22) Notar. Ordn. v. 1512. §. 5.

XI.

Auch das Anwachsungsrecht geht auf den Käufer einer Erbschaft über.

Von dem
Obertribunalrath H. J. Klüpfel, zu Stuttgart.

Ueber die Frage: Ob das Anwachsungsrecht auf den Käufer einer Erbschaft übergehe? zählt Glück [1]) fünf verschiedene Meinungen auf. Die Hauptstelle, auf deren Auslegung es dabei ankommt, ist die L. 2. §. 1. u. 4. ff. de hered. vel act. vend. 18. 4. — ein Fragment Ulpians aus dem 49sten seiner Bücher ad Sabinum. Hier spricht er so:

§. 1. „In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas, an ea, quae fuit, cum hereditas venundatur, videndum est: Et verius, hoc esse servandum, quod actum est: *Plerumque autem hoc agi videtur, ut, quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.*“

Sodann aber,

§. 4. „Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et, quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emtori restituendum est: *Et non solum, quod jam pervenit, sed et, quod quandoque pervenerit, restituendum est.*“

1) Pand. Comm. 18. B. 4. Tit. §. 1014. S. 341. ꝛc.

Digitized by Google

Nach der Subtilität des römischen Rechts erwirbt bekanntlich der Käufer einer Erbschaft kein Erbrecht, sondern nur dessen einzelne Ausflüsse. Als Erbe wird fortwährend der Verkäufer betrachtet [2]). Der eigentliche Streitpunkt beruht also nur darauf: ob der Verkäufer das, was ihm durch das Anwachsungsrecht zufällt, im Gefolge der actio emti dem Käufer zu erstatten habe?

Läßt ein Contract auf die Absicht des Contrahenten sicher schließen, „nur die Erbschafts-Objecte, wie sie — und so viel ihrer zur Zeit des Contracts waren, zu verkaufen," so hat allerdings der Käufer auf den Zuwachs keinen Anspruch. Wie nun aber, wenn ein Erbrecht — jus hereditarium in seiner universellen Bedeutung verkauft wurde? In dem Erbschaftsrechte liegt von selbst — ipso jure [3]) — zugleich auch das Recht auf die Gebühr des Miterben, sofern solcher die Erbschaft nicht antritt, ohne daß es außer der schon vorangegangenen Erbschafts-Antretung einer zweiten Erbschafts-Antretung bedarf [4]). Auch verliert dieses Recht durch die Bedingung, von der es abhängig ist, nämlich die Bedingung, daß der Miterbe als solcher wirklich nicht concurrire, in seinem Wesen Nichts. Selbst als bedingt begründet es wenigstens eine Hoffnung, die auch auf die Erben übergeht [5]), und die mit jedem schon klagbaren Rechte auch dieses gemein hat, daß sie Gegenstand eines Kauf-Contracts sein kann [6]). Warum sollte also nicht auch dieser bedingte Anspruch, der als purificirt nur mit der-

---

2) L. 88. in f. ff. 28. 5. L. 7. §. 10. ff. 4. 4. L. 43. §. 3. ff. 28. 6. L. 2. C. 4. 39. Ulpiani frag. 19. 14.

3) L. un. §. 10. C. 6. 51. L. 2. §. 8. ff. 37. 11.

4) L. 31. L. 53. §. 1. L. 35 et 76. Dig. 29. 2.

5) §. 4. f. 3. 18. §. 25. f. 3. 20. L. 26. ff. 45. 3. L. 57. ff. 45. 1. L. 54. ff. 50. 16. L. 42. ff. 44. 7. L. 73. §. 1. ff. 35. 2.

6) L. 10. 11. 17. ff. 18. 4. L. 8. §. 1. L. 78. §. 8. ff. 18. 1.

Digitized by Google

selben Hauptklage — der Erbschaftsklage — geltend gemacht werden kann [7]), unter dem Verkaufe einer Erbschaft überhaupt mitbegriffen seyn, sofern nicht durch eine besonders angehängte Verkaufsbedingung einer Ausnahme Statt gegeben wurde! — Offenbar bildet das, was einem Erben durch das Anwachsungsrecht zufällt, nicht, wie es nach L. 2. §. 2. ff. d. hered. v. act. vend. bei der Substitutions-Erbschaft der Fall ist, eine besondere für sich bestehende Erbschaft, sondern es macht einen Bestandtheil der Erbesportion aus, die ihm als Erben früher schon zufiel [8]), und es wird angenommen, er habe in letzterer Eigenschaft das Ganze erhalten, und zwar nicht erst zur Zeit seiner Erbschafts-Antretung, sondern schon zur Zeit des Todes seines Erblassers! [9]).

Doch auch Ulpian selbst spricht sich darüber bestimmt und deutlich genug aus. Nur betrachte man seine Worte: „id videtur venisse, quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit. — Non autem solum, quod jam pervenit, sed et, quod quandoque pervenerit, restituendum est," nicht isolirt, sondern verbinde sie mit dem Zwischenparagraphen 3, wo er jene von ihm oder von Sabin, über den er commentirte, gebrauchten Worte dahin näher erklärte: „Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur: Et ego puto, *antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus* [10]) *videri ad eum pervenisse, quatenus mandare*

---

7) L. 5. ff. 28. 6. L. 43. ff. 36. 1.

8) L. 10. 11. 7. 2. L. 33. §. 1. ff. 7. 1. L. 33. ff. 29. 2. L. 7. ff. 18. 6. L. 14. §. 1. ff. 44. 2.

9) L. 54. ff. 29. 2. L. 138. ff. 50. 17. L. 28. §. 4. ff. 45. 3.

10) Dieses Wörtchen gebraucht hier Ulpian, wie auch in L. 1. §. 17. ff. 35. 3. u. 49. ff. 2. 14. ferner L. 10. §. 7. ff. 15. 3. als synonym mit eatens; Ebenso nach L. 3. ff. 15. 4. Paulus.

Digitized by Google

potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere [11]*: enim vero, ubi corpora nactus est, vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse.*" Diese Verbindung macht es dann auch klar, daß die Ausdrücke: „id, quod in id tempus, quo venditio fit, jam pervenit, vel quandoque pervenerit," nicht nur dasjenige, was ein Erbe als solcher zur Zeit des Contracts von der Erbschaft wirklich schon in Empfang genommen und zum Einzuge gebracht hat, — corpora hereditaria, quae plenius jam nactus est — sondern überhaupt alles, was er noch als Rückstand davon dem Käufer gleichwohl cessionsweise [12] überlassen konnte, — corpora hereditaria, quae minus plene jam nactus est, eorumque intuitu mandare actionesque tribuere *potest* — folglich alle und jede Erbansprüche, sie seyen zur Zeit des Contracts schon klagbar oder nicht — und namentlich auch das Anwachsungsrecht um so gewisser umfaßt, je gewisser solches einer Abtretung an sich fähig ist [13].

Demnach wären die §§. 1. u. 4. unserer L. 2. ff. de hered. vel act. vend. vermöge der Erläuterung, die ihr Urverfasser selbst in den Zwischenparagraphen 3. darüber gab, also zu paraphrasiren: „Plerumque hoc agi videtur, ut, quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse. Et non solum quod jam pervenit, sed et quod quandocunque [14] pervenerit, restituendum

11) Daß mandare, actionesque tribuere, hier soviel als cedere actiones heißt, bedarf keiner Bemerkung. s. Brissonius de V. S. sub voce mandare. pag. 781.

12) Eine wirkliche Abtretung an den Käufer macht jedoch das bekannte Edict von Divus Pius überflüssig.

13) S. oben Not. 4. u. Hofacker princ. J. civil. §. 1945. auch Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald. 1817. §. 24. S. 336 ꝛc.

14) Nicht selten wird das Wörtchen quandoque mit quandocunque als gleichbedeutend gebraucht. S. Brissonius d. V.

Digitized by Google

est. Qumodo vero tempore contractus pervenisse vel quandocunque perventurum videatur, quaeritur: Et ego puto: quatenus heres corpora hereditaria jam nactus est, vel debita exegit, eatenus *plenius* ad eum pervenisse videtur. *Minus* plene vero ad venditorem pervenisse vel quandocunque ad eum perventurum videtur, quatenus tempore contractus rerum debitorumque ad hereditatem spectantium persecutionem mandare actionesque tribuere *potest*, licet corpora hereditaria ipsa nondum fuerit nactus, neque debita jam jam exegerit."

Richtig scheint im Ganzen Ulpians Sinn der Verfasser des Freiburger Stadtrechts von 1520 aufgefaßt zu haben. Ganz seinem Zeitgeiste gemäß drückt er sich darüber S. 37. also aus:

„Wenn einer ein gefallen Erbschaft verkauft, der soll alles daschen, so er im Erb funden hat, oder nachmalen finden oder erfaren mag, es sye liegends, varends, Schulden, Gerechtigkeit, Vorderungen, Ansprachen, nichts ußgenommen, überliffern. Er soll sich auch nach geschehenem Kauf des Erbs nit me beladen oder innehmen, nehm er aber etwas in, das sol er stracks dem Käuffer antwürten [15])."

S. sub voc. quandoque. S. auch Ant. Augustinus, de legibus S. Sctis. Ludg. 1592. p. 214.

15) Buchstäblich wurde diese Stelle auch in das erste Würtembergische Landrecht von 1554. aufgenommen.

Druckfehler.

S. 59. Z. 13. l. Entscheidungsgrund st. Entschädigungsgrund.

Digitized by Google

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Dritter Band. Zweites Heft.

XII.

Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze, mit besonderer Rücksicht auf einige von Weber*) deshalb aufgestellte Grundsätze.

Von dem
Königl. Württemb. Obertribunals-Präsidenten Dr. F. G. Georgii, zu Stuttgart.

Abschnitt I.
Von der Rückanwendung überhaupt.

§. 1.

Die Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze auf vor ihrer Publication existent gewordene Rechtsgeschäfte und

*) Der Verfasser schriebe diese seine Gedanken officiell schon in den Jahren 1813, folglich zu einer Zeit nieder, wo ihm die Ansichten von Borst, über die Anwendung neuer Gesetze u. s. w. Bamb. 1814, von Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht, Hannov. 1818, u. a., natürlich nicht bekannt seyn konnten. Weber war es also, den er, als einen Mann von Kraft und Autorität, damals in das Auge faßte, und er will es rein geben, was er damals dachte und als Grundlage eines officiellen Gutachtens niederschriebe.

Rechtsverhältnisse beziehet sich entweder auf den Standpunkt des Gesetzgebers, oder auf den Standpunkt des Richters. Jener stellt das als Gesetz auf, was er der Vernunft und dem daraus hergeleiteten Staatszweck, und als Mittel hierzu, am gemäßesten erachtet; der Richter hingegen muß sich bei der Beurtheilung und Entscheidung einzelner Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse den ausgesprochenen Willen der gesetzgebenden Gewalt, das positive Gesetz, zur festen Richtschnur dienen lassen. Nie darf sein Wille ein neues Gesetz schaffen, wohl aber ist er, verläßt ihn der Buchstabe und klarer Sinn des Gesetzes, dazu befugt, zu einer doctrinellen Erklärung seine Zuflucht zu nehmen, d. h. aus der Analogie, oder aus allgemeinen Rechtsvorschriften, Entscheidungs-Normen herzunehmen.

§. 2.

Die von der rechtmäßigen Staatsgewalt und in der verfassungsgemäßen Form publicirten Gesetze müssen in dem Gebiete des Gesetzgebers, wo sie eröffnet wurden, überall beobachtet und vollzogen werden, insofern nur ihre Beobachtung und Vollziehung nicht unmöglich ist.

Die Unmöglichkeit aber, ein Gesetz zu vollziehen, kann in der Anwendung auf frühere Vorfälle und Handlungen entweder physisch, oder rechtlich seyn [1]).

§. 3.

Die physische Unmöglichkeit beruht auf dem Satz: daß Handlungen, welche vor Publication des Gesetzes geschahen, nicht ungeschehen gemacht, — solche aber, die in jener Zeitperiode nicht geschahen, durch das neue Gesetz für jenen Zeitraum nicht zum Daseyn gebracht werden können; — daß mithin

---

Nur manches Particuläre hat er hinweggelassen, manches enger zusammen gezogen und weniges erweitert.

1) Hier, im Gebiete des äußern Rechts, kann nur von rechtlichen, nicht von moralischen (ethischen) Möglichkeiten im eigentl. Sinn die Frage seyn. Weil jedoch die rechtliche Möglichkeit unter der moralischen als Untergattung stehet, so ist es kein Vergehen, die rechtliche Möglichkeit auch eine moralische zu nennen.

Digitized by Google

die frühere Handlung nie so sich beurtheilen läßt, als wäre das Gesetz vor derselben schon vorhanden gewesen.

Wenn also die Handlung nicht schon durch das Vernunftgesetz verboten war, und wenn sie erst ein neues positives Gesetz untersagt so kann jene Handlung nicht unter das neuere Gesetz subsumirt werden [2]). Denn sonst müßte der Gesetzgeber gebieten, daß die früher geschehene, nach der Vernunft erlaubte, positive Handlung nicht geschehen sey. Und dieses ist physisch unmöglich. Ebenso bei negativen, d. h. früher unterlassenen Handlungen [3]).

§. 4.

Die Nichtrückwirkung der neuen Gesetze auf die im vorigen §. bemerkte Weise wird von Niemand bezweifelt, und kann auch nicht bezweifelt werden, sobald man dabei vorausgesetzt, daß die dem Gesetz vorangegangene Handlung mit einemmal abgethan sey und keine neue Wirkung in der Sinnenwelt nach der Bekanntmachung des Gesetzes hervorbringe.

Allein nun entsteht die schwierige Frage: Wie soll es alsdann gehalten werden, wenn die der Gesetzes-Publication vorangegangene Handlung, vermöge ihres Inhalts, noch nach der neuen Gesetzgebung Folgen und Wirkungen äußert, es sey nun, daß das, was vermöge des Rechtsgeschäftes geschehen soll, dem Willen des neuen Gesetzes aber nicht gemäß ist, nach dessen Bekanntmachung einmal, oder öfters in gewissen Fristen, oder ohne diese, wiederholt werden, oder mit Stetigkeit fort-

---

2) z. B. das gemeine Recht verböte der Hazardspiele nicht, oder ein Landesrecht hätte sie zeither erlaubt, nunmehr aber bedrohete ein neues Gesetz sie mit einer Strafe, und cassirte die natürliche Verbindlichkeit der Spielschulden. Dieses Gesetz würde weder die früher entstandenen Spielschulden unklagbar, noch eine Strafe gegen den vormaligen Hazardspieler gerecht machen.

3) Wenn z. B. nach dem alten Recht die Contracte über liegende Güter keiner Insinuation bedurften, und ein neueres Gesetz verordnet diese innerhalb eines Zeitraums von 14 Tagen nach ge-

dauren, oder erst später vollzogen werden soll [4]). In diesen Fällen ist die Anwendung des neuen Gesetzes physisch nicht unmöglich, indem ja die Handlung auch nach dessen Publication in der gegenwärtigen Sinnenwelt rege wird und bemerkbar sich darstellt.

§. 5.

Es kommt mithin in diesem Fall darauf an: ob nicht die zweite Art von Unmöglichkeit, d. i. die rechtliche, die Anwendung des neuen Gesetzes hindere? Allerdings ist solche alsdann vorhanden, wenn der durch das neue Gesetz Verpflichtete in einem früheru Geschäft ein Recht erwarb, das ihn auch zu solchen Handlungen oder Erwartungen nach Publikation des Gesetzes veranlaßt, welche mit den Normen des Letztern nicht übereinstimmen. Ein früher erworbenes Recht (jus ante legem quaesitum) hemmt daher hier die Anwendung des neuen Gesetzes. Man sollte kaum an die Möglichkeit glauben, daß Rechtsgelehrte diesen Satz bezweifeln mögten. Das Recht der Unterthanen ist ja doch die nothwendige Schranke der sonst unbegränzten Herrschergewalt. Schutz und Sicherung der Rechte ist der erste (nach mancher Lehre der einzige) Zweck der Staatsgesellschaft; und doch sollte es der Staatsgewalt gestattet seyn, sich über das ihrem Schutz anvertraute Privatrecht der Unterthanen mittelst der Gesetzgebung erheben zu dürfen? Was würde es dem Staatsbürger nützen, blos gegen seinen Mitbürger geschützt zu werden, wenn sein Recht dennoch unter der

---

schlossenem Contract, so kann die frühere Omission nichts schaden, weil sonst der Gesetzgeber schaffen müßte, daß eine nicht geschehene Handlung geschehen sey.

4) Z. B. wenn gegen Jemand 6 pCt. vor einem, weitere als 5 pCtige Zinse verbietenden, Gesetz Geld ausleihet, und die Schuld zur Zeit der Gesetzes-Publikation noch nicht heimbezahlt ist; oder wenn vor dem Gesetz ein damals erlaubter Erbvertrag errichtet wurde, diese Gattung aber neuerlich verboten wird, ehe der Erbvertrag zur Vollziehung kommt.

Digitized by Google

gesetzgebenden Gewalt im Staate erliegen müßte, wenn jene nicht durch rechtsmoralische Unmöglichkeit gebunden wäre? — In einem Staat, dessen Regierung den Vernunftgesetzen sich nicht entheben will, muß also das früher erworbene Recht der Anwendung des von der gesetzgebenden Gewalt für künftige Handlungen ausgegangenen Gesetzes als rechtliches Hinderniß entgegen stehen. Nur Mißverständnisse können diese Wahrheit verdunklen.

§. 6.

Nach diesen Rücksichten ist es auffallend, wenn der so verdienstvolle Weber [5]) die erworbenen Rechte gar nicht als Moment bei Lösung der vorgelegten Frage gelten lassen will. Er schreibt S. 40. §. 21. ꝛc. folgendes: „Sicher hat man die Schwierigkeiten, worüber hier geklagt wird, dadurch nicht vermindert, sondern im Gegentheil noch vermehrt, daß man die ganze Untersuchung vorzüglich darauf zurückzubringen suchte, inwiefern sich behaupten lasse, daß mit der Anwendung eines neuen Gesetzes auf früher begründete Rechtsverhältnisse eine Verletzung bereits vorhin erworbener Rechte verbunden seyn würde, oder nicht.“ Sodann S. 41. „Am besten ist es wohl, die Frage von erworbenen Rechten für erste ganz bei Seite zu setzen, da sie nicht hauptsächlich und durchgängig in Betrachtung kommt.“

Allein die Lehre von erworbenen Rechten muß entweder in dieser Materie hauptsächlich und durchgängig, d. i. zunächst, bei jeder einzelnen Frage, in Betracht kommen, oder sie kann ganz und gar nicht berücksichtigt werden. Man lauft sonst Gefahr, in Verwirrung und in den Mangel an einem leitenden Princip zu gerathen.

Weber erkennt als das einzig durchgreifende Princip für die Nichtrückanwendung der Gesetze den Satz an [6]):

5) In der Schrift: Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze u. s. w. Hannov. 1811.

6) Dieses ergiebt sich, wenn man seine ganze Entwicklung studirt.

Digitized by Google

„insofern das Geschehene nicht ungeschehen gemacht, die frühere Handlung nicht durch das spätere Gesetz zernichtet werden kann.“

Er äußert sich S. 49. §. 23. dahin: „rückwirkende Kraft im materiellen Sinne ist als an sich widersprechend gar nicht denkbar, da es in der Macht keines Gesetzgebers steht, das Geschehene ungeschehen zu machen, oder umgekehrt, mithin auch kein Gesetz die Wirkung haben kann, daß vor dessen Bekanntmachung Rechte und Verbindlichkeiten in der That schon stattgefunden hätten, welche damals noch nicht vorhanden waren, oder daß Jemand Rechte nicht gehabt hätte, die ihm doch wirklich zukamen, oder daß irgend etwas unerlaubt und ungültig gewesen sey, was doch bis zum neuen Gesetz erlaubt und gültig war.“

Der Satz: „das Geschehene kann nicht ungeschehen gemacht werden,“ ist hier der Hauptsatz, aus welchem alles Weitere (mithin) hergeleitet wird. Er ist aber aus der physischen Natur hergenommen, und kann in der Materie von Rückwirkung positiver Gesetze nichts anders heißen, (weil das äußere Recht blos äußere Handlungen zum Objecte hat) als: daß Erscheinungen in der Sinnenwelt, die einmal vorhanden waren, nicht wieder zernichtet werden können, u. umgewendet: daß der Gesetzgeber zu bewirken nicht vermag, daß nicht Erschienene sey erschienen. Offenbar ist es aber ein Ueberschreiten in eine andere Gattung, (transgressio in aliud genus,) eine Lücke im Schließen, wenn Weber nun aus obigem folgert: der Gesetzgeber könne nicht machen, daß Jemand Rechte nicht gehabt habe, die ihm doch wirklich zukamen. Das Haben eines Rechts ist etwas rein Geistiges, das, an sich betrachtet, keine Erscheinung in der Sinnenwelt hervorbringt. Wenn also die Staatsgewalt eine sinnliche Erscheinung nicht zernichten kann, so folgt daraus doch nicht, daß sie nicht den Berechtigten mit physischer Gewalt nöthigen könne, eine äußere Handlung zu begehen, oder zu unterlassen, die seinem Rechte zuwider ist. Nur davon aber ist hier die Rede. Die Operation des Geistes, durch welche

Jemand ein Recht, als in seinem gesetzmäßigen Besitz befindlich, sich denkt, (und dies bezeichnet das Haben eines Rechtes) steht in keinem physischen Widerspruch mit dem Zwang der Staatsgewalt, dieses Recht nicht zu realisiren. Wenn aber Weber behaupten will, (nur dies kann er wollen) „die Staatsgewalt könne durch ein neues Gesetz jenen, der ein früheres Recht hatte, nicht nöthigen, dieses nicht geltend zu machen," so muß er ein neues Princip suchen; er muß annehmen, daß es außer der physischen auch eine rechtliche Unmöglichkeit gebe, die unter der erstern nicht als Untergattung steht. Denn wirklich steht die Verletzung eines in die Eigenthums-Sphäre eines Menschen gehörigen Rechtes mit seiner geistigen Natur, mit seiner Persönlichkeit und Freiheit, ebensosehr im Widerspruch, als das Zernichten einer vorhanden gewesenen Erscheinung mit der physischen Ordnung der Dinge. Nur hat jedes von beiden sein eigenes, von dem andern unabhängiges Princip. Es contrastirt mithin die bisher angeführte Weberische Behauptung S. 49. mit der frühern S. 41. „die Frage von erworbenen Rechten komme hier nicht hauptsächlich in Betracht," ungeachtet die rechtliche Unmöglichkeit der Rückwirkung ebenso hauptsächlich, als die physische, berücksichtigt werden muß. Und in der That, hätte Weber zu einer höhern Achtung für das erworbene Recht sich bekannt, so würden bei einzelnen Rechtsmaterien manche Corollarien anders ausgefallen seyn, als sie jetzt in seiner Schrift hart und unangenehm hervortreten.

§. 7.

Jedoch der Weberische Dissens von der bisher gewöhnlicheren Meinung rührt vielleicht nur daher, weil theils sein Begriff eines erworbenen Rechtes nicht mit dem Begriff Anderer übereinstimmt, §. 8 — 13., theils weil er das Aufhebungsrecht, das die gesetzgebende Gewalt nur ausnahmsweise in Betreff der Privatrechte ausüben darf, leider als Regel angenommen hat. §. 14.

Digitized by Google

§. 8.

Es ist aber nöthig, den Begriff eines wohlerworbenen Rechts genau zu fixiren, ehe man es als ein von der Gesetzgebung unerreichbares Object ausgeben will. Weber glaubt §. 21. S. 41. „zwischen Rechten, welche durch verbindliche Handlungen, z. B. Verträge, begründet sind, und solchen, welche unmittelbar aus Gesetzen entspringen, wie z. B. die besondern Rechte (jura singularia) gewisser Personen und Sachen, sey kein Unterschied zu machen, und beide gehörten unter die Classe wohlerworbener Rechte; daher, wenn ein Gesetz auf erstere nicht rückwirken könne, es auch auf letztere nicht rückwirken dürfe, und da nun dieses von gesetzlichen Rechten nicht zu behaupten sey, so komme deswegen hier die Lehre von erworbenen Rechten in keinen Betracht."

Allein dadurch mißkennt Weber einen Unterschied, der in allen andern Rechtsmaterien zwischen blos gesetzlichen und erworbenen Rechten gemacht wird, ohne daß hier ein Grund der Abweichung aus seiner Theorie ersichtlich wäre. Ein blos und allein gesetzliches Recht wird nach der allgemeinen Rechtssprache nicht unter die erworbenen Rechte gezählt. Schließt man daher die letztern von der Rückwirkung der Gesetze aus, so rechnet man die gesetzlichen Rechte nicht darunter. Solche [7]) sind nur ein Theil der allgemeinen Gesetzgebung, welche daher mit dieser stehen und fallen. Sind in dem Gesetze nicht nur Pflichten, sondern auch Rechte enthalten, so werden diese dem Unterthan lediglich vermöge der bürgerlichen Unterwerfung zu Theil. Es wäre seltsam, wenn auch diejenigen, welche keinen bürgerlichen Vertrag anerkennen, denen der Grundsatz gilt: Cives nascuntur, non fiunt, auch die gesetzlichen Rechte Erworbene nennen wollten. Nach dieser Theorie wird diese Gattung von Rechten dem Unterthan angeboren; so wie er geborner Unterthan ist, der

7) Z. B. besondere, blos und allein aus den Gesetzen fließende, Rechte des Adels, der Minderjährigen, der Weiber u. s. w.

nicht vermöge eines Akts der Freiheit, oder seiner Autonomie, der Staatsgewalt gehorcht, so müssen ihm auch die Rechte, die das Gesetz allein ihm giebt, angeborne, (jura connata, non adquisita) seyn. Aber auch die Lehrer, welche, wie sich gebührt, den rechtlichen Grund der bürgerlichen Unterwerfung aus einem Akt der Freiheit herleiten, können diese Rechte nicht unter die erworbenen im Sinne des Civilprivatrechts zählen.

Freilich erwirbt nach dieser Lehre der Staatsbürger seine Unterthanenpflicht, eben daher auch das Correlat, sein gesetzliches Recht, durch eine mit Freiheit unternommene Handlung; allein da die gesetzlichen Rechte ganz allein auf dem staatsrechtlichen Verhältnisse beruhen, so kann sie der Unterthan nie in die Sphäre seines Privat-Eigenthums ziehen und wie dieses für unauflösbar ansehen. Der Unterthan muß der höchsten Staatsgewalt, von wem und in welcher Form sie auch ausgeübt werde, das Recht der Gesetzgebung einräumen. Dieses Recht macht es nothwendig, daß die Gesetze von Zeit zu Zeit, so wie das Bedürfniß der Zeitumstände es erheischt, abgeändert werden. Indem daher der Unterthan sich der gesetzgebenden Gewalt unterwirft, erkennt er zugleich auch ihr Recht an, die Gesetze zu ändern und abzuschaffen, folglich auch ihm indirect alle Vortheile zu entziehen, welche eine Folge des nun aufgehobenen Rechtes für ihn und alle seine Mitbürger waren [8]).

Allein ganz anders verhält es sich, wenn der einzelne Unterthan sich das von dem Gesetze allen Bürgern, oder einer Classe derselben, auf gleiche Weise dargebotene Recht durch eine besondere Rechtshandlung, welche das Gesetz als hiezu tauglich erklärt, angeeignet, auf sich angewendet hat. Erst

8) Es verstehet sich von selbst, daß hier nicht von einer despotischen Willkühr die Rede ist, sondern von einem Act der Gerechtigkeit für den ganzen Staat, von einer dessen Zweck u. Wohl entsprechenden neuen Gesetzgebung.

dadurch entſteht — wird erworben — ein privateigenthümliches Recht, das der Staat ſo wenig als der Mitbürger verletzen darf. Um voriges zu erläutern, muß man auf die Entſtehung des bürgerl. Rechts zurückgehen. Der Menſch kommt mit dem Rechte bekleidet auf die Welt. Sein Recht fließt aus ſeiner vernünftig freien Natur, aus ſeiner Perſönlichkeit, Selbſtändigkeit und Freiheit. Er iſt beſtimmt, in Gemeinſchaft mit andern Weſen ſeiner menſchlichen Natur zu leben; er muß das Mittel haben, dieſes zu thun, und dieſes Mittel iſt ſein Recht. Er erhält daher von der Natur die Befugniß, ausſchließendes Eigenthum zu erwerben, weil ohne dieſes ſeine Individualität nicht erhalten werden kann. Jedoch beſteht das angeborne Recht blos in der Fähigkeit zu erwerben. Um ein wirkliches Eigenthum zu erlangen, ſind ſchon nach dem Vernunftrecht gewiſſe Handlungen erforderlich, wodurch der Einzelne von der Erlaubniß des Naturgeſetzes, Eigenthum mit Ausſchluß anderer zu haben, Gebrauch macht. Dieſes Recht iſt früher als der Staat ſelbſt [9]). Solchem bleibt aber zur Vervollſtändigung und Sicherheit des Rechts des Einzelnen noch ſehr vieles zu ergänzen übrig. Dem Staat liegt es ob, die Arten, Eigenthum (im weiteſten Sinne des Worts) zu erwerben und zu verlieren, ſo wie den Umfang und die Gränze des Rechts des Einzelnen, durch Geſetze zu beſtimmen. Das von dem bürgerlichen Geſetz dargebotene Recht ſich nun wirklich anzueignen, dies iſt Sache der Freiheit eines Jeden. Sobald er es aber auf eine vom bürgerlichen Geſetz gebilligte Art gethan hat, d. i. wenn der Rechtstitel und die wirkliche Erwerbung vom Geſetze genehmigt iſt, dann verwandelt ſich das objective Recht des Geſetzes in ein ſubjectives Recht des Er-

9) Die Mißkennung dieſes Grundſatzes iſt es eben, woraus das unrichtige Hobbeſiſche Syſtem hervorgieng, welchem zufolge der Unterthan gar kein Recht hat, als was ihm der Staat gewährt. So wird er der Willkühr des Herrſchers völlig überlaſſen — gegen deſſen eigenen moraliſchen Willen.

Digitized by Google

werdenden, welches die Peripherie seiner Person bildet, zu seinem Wesen gehört, und ebenso unverletzbar als dieses selbst ist. So entstehen also wohl (das ist nach gesetzlichem Titel und modus) erworbene Rechte, welche nun einmal zur Person des Unterthanen gehören, und die die Wandelbarkeit der Materie der Gesetze so wenig haben, als wenig dem Staat erlaubt seyn kann, einen Unterthan, der den Gesetzen getreu war, ohne zur eigenen Fortdauer absolut nothwendige Nothwehr, ohne diese traurige höchste Collision, von sich zu stoßen, oder gar auszurotten.

§. 9.

Durch diese kurze Deduction wird es vielleicht anschaulicher werden,

1) warum erworbene Rechte im Sinne des §. 8. die Anwendung eines neueren Gesetzes nicht gestatten, selbst wenn die Wirkungen des früheren Rechtsgeschäftes, wodurch eben das Recht erworben wurde, sich erst nach Bekanntmachung des das alte Recht abrogirenden Gesetzes äußern; und

2) warum, wenn die Materie des Rechts durch ein neues Gesetz geändert wird, die reingesetzlichen Rechte die Anwendung dieses Gesetzes nicht ebenso hindern, wie die unter Billigung und Schutz des ältern Gesetzes, d. h. wohl, erworbenen Rechte. Denn es läßt sich nun nicht behaupten, das ja die letztern eben so gut, wie die erstern, nur Zweige seyen, die auf ein und eben denselben Stamm, das Gesetz, eingepfropft werden, daß daher, so wie dieser fällt, beide Arten von Zweigen auf gleiche Weise verdorren müßten. Das rein gesetzliche Recht hat keinen andern Stamm, als das Gesetz, und fällt deswegen mit diesem; aber das erworbene Recht hat seinen eigenen Stamm, das persönliche Recht des Staatsbürgers, auf den die Zweige des andern Stammes, des Gesetzes, blos eingeimpft sind. Es ist wenigstens ein Product der gesetzlichen Rechte, welches, sobald es wirklich und reif wurde, als selbstständig existirt, und zum Privatgenuß desjenigen einzeln Subjects fortdauert, welches den Besitz jener vom Ge-

setz dargebotenen Frucht für sich erworben, und sie in seinem Privatrechtskreis aufbewahrt hat.

§. 10.

Bei dieser Beschaffenheit war es wohl zu erwarten, daß keine Gesetzgebung irgend eines cultivirten Staats in der Materie von Rückwirkung neuer Gesetze die frühern wohlerworbenen Rechte als Hinderniß ihrer Anwendung in einzelnen Fällen unbeachtet lassen würde. Und so geschahe es auch wirklich.

Das römische Recht hat den Gegenstand nicht systematisch, sondern nur bei Gelegenheit einzelner Verordnungen behandelt. Aber selbst diese Fragmente geben seine Achtung für jura quaesita genugsam zu erkennen. Wenn nichts vorhanden wäre, als die von Weber S. 4. mißbilligte L. 23. §. ult. Cod. mandati, so würde diese allein schon jene Achtung außer Zweifel setzen. Hier wird zur Herstellung der Anastasischen Gesetze, nach welchen kein Cessionar von dem Schuldner mehr für eine cedirte Schuld bekommen soll, als er an den Cedenten bezahlt hat, verordnet, „daß kein Cessionar, welcher den Betrag der ganzen Schuld an den Cedenten nicht bezahlt hatte, die Ausflucht, daß ihm das Uebrige geschenkt sey, gebrauchen soll.“ Aber die Anwendung dieses sollte, wie Justinian ausdrücklich sagt: „Ne videamur aliquid acerbius admittere,“ erst in denjenigen Fällen geschehen, die sich künftig, nach bekannt gemachtem Gesetz, ereignen würden. War also die jetzt für ungültig erklärte Schenkung des Cedenten noch vor dem Gesetz geschehen, so konnte der Cessionar sich noch immer auf die Schenkung des dem Cedenten nicht gezahlten Quanti berufen, wenn er den ganzen Nominalwerth der Schuld dem Cessus abforderte. Was anders, als Achtung für das durch die Schenkung erworbene Recht des Cessionars, konnte dieses Gesetz motiviren, da außerdem sich Justinian so geneigt zeigte, dem bedrängten Schuldner gegen die Elusionen des Anastasischen Gesetzes zu Hülfe zu kommen. Unter die Kategorie „das Geschehene kann nicht ungeschehen gemacht werden,“ läßt sich diese Verordnung nicht schieben; denn die Schuld war

ja zur Zeit der Gesetzespublication noch nicht eingetrieben; die Folge des Schenkungsvertrags sollte sich erst nach dem Gesetz in sinnlicher Handlung äußern. Sie trate nicht einmal ipso jure, sondern erst officio judicis ein [10]).

Folglich konnte nach Justinians Meinung nichts, als das erworbene Recht, mithin die rechtliche Unmöglichkeit, die Anwendung des Gesetzes hemmen.

Das neueste österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die teutschen Erbländer, Wien 1811, stellt ganz die bisher vorgetragenen Grundsätze auf, indem es in der Einleitung §. 5. S. 2. verordnet: „Gesetze wirken nicht zurück, sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen, oder auf vorher erworbene Rechte, keinen Einfluß.“ Dieses wird in dem diesfallsigen Publikationspatente dahin erläutert: „Wie Wir in dem Gesetzbuch selbst zur allgemeinen Vorschrift aufgestellt haben, daß die Gesetze nicht zurückwirken sollen, so soll auch dieses Gesetzbuch auf Handlungen, die dem Tage, an welchem es verbindliche Kraft erhält, vorhergegangen, und auf die nach dem frühern Recht bereits erworbenen Rechte, keinen Einfluß haben, diese Handlungen mögen in gegenseitig verbindlichen Rechtsgeschäften, oder in solchen Willenserklärungen bestehen, die von dem Erklärenden noch eigenhändig abgeändert, und nach den in dem Gesetzbuch enthaltenen Vorschriften eingerichtet werden konnten.“

In Ansehung der einseitigen Willenserklärungen ist das österreichische neue Gesetzbuch noch liberaler, als das sogleich anzuführende preußische Landrecht, indem es ein durch die frühere Willenserklärung bereits erworbenes Recht so annimmt, daß der Disponirende nicht nöthig hat, die Fortdauer seiner Willensmeinung nach dem neuen Gesetze aufs Neue zu erklären.

Das preußische Landrecht hat in dem Publicationspatent die Materie von der Rückwirkung desselben auf frühere

---

10) Diese Distinction, die sich bei Weber vorfindet, wird noch unten beleuchtet werden. s. §. 13.

Digitized by Google

Handlungen mit Fleiß abgehandelt, und hier die früher erworbenen Rechte als eine Hauptrücksicht bei Anwendung des im Jahr 1794 bekannt gemachten Landrechts behandelt.

Wenn jene Gesetzgebung §. X. in dem Fall, wo es nicht mehr in der Gewalt und einseitigen Entschließung des Interessenten der Handlung stand, „die rechtlichen Folgen der frühern Handlung dem neuen Landrecht gemäß zu bestimmen und festzusetzen, verordnet: „daß die auch später erst nach dem Gesetz, eintretenden Folgen nach den ältern Gesetzen beurtheilt werden sollen," so sieht es früher erworbene Rechte als die Begründung einer rechtlichen Unmöglichkeit an, die Folgen der Handlung abzuändern, und erhält deswegen die Autorität des älteren Gesetzes für solche Fälle. Dieses erhellet unwidersprechlich aus dem unmittelbar darauf folgenden §. XI., nach welchem daher alle Verträge, die vor dem 1ten Juni 1794 errichtet wurden, nur nach den zur Zeit des geschlossenen Contracts bestandenen Gesetzen beurtheilt werden sollen.

Was anders, als das durch den Vertrag erworbene Recht des Mitcontrahenten, hindert den andern, die Folgen des Vertrags anders zu bestimmen?

Der französische Code civil giebt über die vorliegende Frage keine bestimmten Aufschlüsse; denn seine ganze Verordnung besteht nur darin: „la loi ne dispose, que pour l'avenir: elle n'a point d'effét retroactif [11]). So kurz aber auch dieses Gesetz ist, so haben doch seine, auch von Weber angeführte und von ihm gerade in diesem Punct widerlegte, Commentatoren gezeigt, daß man in Frankreich erworbenen

11) Tit. pr. Art. 1. §. 2. Dieses Beispiel mag zeigen, wie untauglich dergleichen lakonische Gesetze sind, und wie sie der Willkühr des Richters und gelehrten Streitigkeiten die Thüre öffnen. Ein Gesetz kann nicht alle möglichen Fälle entscheiden, und darf sich mit den Motiven nicht so verschmelzen, daß man nicht herausfinden kann, was Gesetz oder Motive sey; aber es muß doch so viel Stoff darbieten, daß man einen Geist des Gesetzes — mentem legis — daraus zu erkennen vermag.

Digitized by Google

Rechten bei der Anwendung der Civilgesetze die gebührende Achtung erweiset [12]).

Die nach dem französischen Gesetzbuch gemodelten Legislationen teutscher Staaten enthalten verschiedenartige Anwendungen des Rückwirkungsgesetzes [13]); aber keine hat den Satz einer Nichtachtung des erworbenen Rechts so, wie der sonst so rechtsinnige Weber, in ihren Verordnungen auszusprechen sich getraut — jede fühlte die rechtsmoralische Unmöglichkeit.

Ein königlich württembergisches Gesetz spricht so: „Bei Entscheidung der Rechtssachen hat der 2te Senat Unsers Oberjustizcollegii auf die besondern Rechte und Statuten jedes Orts, und in deren Ermanglung auf die königlich württembergischen Gesetze, Rücksicht zu nehmen; und wollen Wir hiemit verordnet haben: „daß von dem 1ten Januar 1807 an alle Statuten, die gegen das württembergische Recht laufen, die verbindende Kraft gänzlich verlieren sollen.“

Der erste Absatz dieser Stelle ist blos Instruction für das Gericht; der zweite enthält Instruction und eine allgemeine Ver-

---

12) M. s. z. B. Portalis in dem Exposé des motifs, presentés au corps legislatif par les orateurs du Conseil d'Etat (im Corps de droit français T. II. p. 5. Art. Effets retroactifs de la loi.) Vergl. Grolman in dem Handbuch über den Code Napoleon B. I. S. 24. und Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht. §. 43. S. 241. f.

13) Bergmann, in der S. 1. Not. *) angezogenen, als werthvoll öffentlich anerkannten, Schrift, machte sich das große und bleibende Verdienst, die einzeln teutschen Gesetzgebungen dieses Punktes gründlich zu beleuchten. Nach einer wissenschaftlichen Entwickelung des Hülfrechtes und der richterlichen Entscheidungs-Normen, erklärt er dann das preußische, hierauf das französische Recht, hierauf aber die Gesetzgebungen der einzeln teutschen Bundeslande und freien Städte u. s. w.

14) Enthalten in der Instruction des Ober-Justiz-Collegii §. 23. Regierungsblatt v. J. 1806. pag. 39.

Digitized by Google

ordnung zugleich. In dem ersten Satz wird dem Gericht aufgegeben, bei Entscheidung der Rechtssachen zuerst auf die besondern Rechte und Statuten jeden Orts und erst in subsidium auf die württembergischen Gesetze Rücksicht zu nehmen. Es kann nicht wohl die Absicht gewesen seyn, jenen Statuten auch noch nach dem 1ten Januar 1807 eigentlich gesetzliche Kraft zu verleihen, sondern es kam vielmehr darauf an, für Rechtsgeschäfte, die noch vor dem 1ten Januar 1807 eingegangen waren, eine Entscheidungsnorm dem Richter zu ertheilen. Insoferne sind die Statuten ausdrücklich als Norm bestätigt. Bei Rechtsgeschäften, die vor dem 1ten Januar 1807 gänzlich abgethan waren, versteht sich die Beurtheilung nach dem ehemaligen Gesetz und die Ausschließung des württembergischen Rechts so sehr von selbst, daß es diesfalls keiner besondern Disposition bedurfte. Folglich können eigentlich nur solche Rechtsgeschäfte gemeint seyn, deren Folgen und Wirkungen noch nach dem 1ten Januar 1807 fortdaurend waren.

Der zweite Theil jener Stelle verordnet, inwieweit die Statuten in Betreff der spätern Wirkungen des Rechtsgeschäfts beachtet werden dürfen. Nur alsdann sollen sie es, wenn sie nicht gegen das württembergische Recht laufen. Was will dies nun sagen: das Statut lauft gegen das württembergische Gesetz? Ohne Zweifel nur soviel: „wenn das württembergische Gesetz absolut befehlend oder verbietend ist.“ Dann kann der Befehl und das Verbot des Statuts selbst in Ansehung der neuen Folgen eines frühern Rechtsgeschäfts gegen das württembergische Gesetz keine Wirkung mehr haben. Wo aber dieses blos ein erlaubendes Gesetz ist, d. i. wo es den Parteien freie Willkühr läßt, das Geschäft einzurichten, wie sie wollen, — wo das Gesetz blos alsdann in subsidium eintritt, wenn die Interessenten nichts vom Gesetz abweichendes ausdrücklich festsetzten, wo mithin das Gesetz blos deswegen gilt, weil es die Parteien in ihren Willen aufgenommen hatten und aufnehmen durften, — da gilt das alte Statut noch forthin, und zwar im Gefolge des Willens der Interessenten, weil sie nicht aus dem

Digitized by Google

Gesetz unmittelbar, sondern unter dessen Schutz aus ihrem Rechtsgeschäft fortdauernde Rechte erworben hatten.

§. 11.

Erhellet es nun sowohl aus der Natur der Sache, als aus positiven Gesetzen, daß keineswegs reingesetzliche Befugnisse der Gesetzuntergebenen, wohl aber durch perfecte Rechtsgeschäfte speciell erworbene Rechte, die Kraft und Anwendung neuer Gesetze auch im Gefolge einer rechtlichen Unmöglichkeit bemmen; so fragt sich nur: „worin die Handlung bestehe, wodurch Jemand sich das Gesetz aneignet, oder das im Gesetz enthaltene allgemeine Recht zu seinem besondern Privatrecht macht?“ Diese Handlung kann nur eine solche seyn, welche das Gesetz als zur Erwerbung eines Rechts tauglich erklärt hat. Denn sobald der Unterthan sich mit Freiheit entschlosse, ein Recht zu erwerben, so hört seine Willkühr in Ansehung der Form der Erwerbart auf. Hier muß er den vom Gesetz ihm vorgezeichneten Weg zum Erwerb einschlagen — er muß das gesetzliche Mittel zum Zweck wählen.

Es ist nun — um nur das Allgemeine zu bemerken —

1) in dem Gebiete des Personen Rechts jenes Erwerbmittel die Handlung [15]), welche das Gesetz für geeignet erklärt, einen gewissen Zustand (status) zu erzeugen, aus welchem die Zustandsrechte der Person entspringen [16]).

---

15) Sey auch diese Handlung sogar ein Delict; genug, daß sie das Gesetz als Quelle eines Privatrechts anerkennt. S. Not 16.

16) Z. B. die Rechte der Ehegatten unter sich und über ihre Kinder entspringen aus dem nach gesetzlicher Form geschlossenen Ehecontract. §. 18. Die Klage auf Vaterwürde und Alimente entspringt aus dem Act der Schwängerung selbst; und wenn nun diese zu einer Zeit geschahe, wo das Gesetz die Vaternitäts- und Alimentenklage gestattete, das Kind aber erst nach einem neuen, jene Klage aufhebenden, Gesetz geboren wurde, so müssen jene Klagen dennoch auch jetzt Statt finden. Weber verneint dieses in Hinsicht auf französisches Recht. Cod. Nap. art. 340., wenn nicht die Klage vor Publication des Gesetzes

2) Bei den dinglichen Rechten erfordert das römische Recht zweierlei Handlungen, eine entferntere und eine nähere. Erstere wird Titel genannt, z. B. Vertrag, letztere der modus,

---

schon erhoben worden sey. S. 81. §. 42. Offenbar aber liegt dieser seiner Ansicht eine despotische Nichtachtung erworbener Rechte zum Grund. Jene Klagrechte waren mit dem Augenblick des Vollzugs der Schwängerung nach dem Willen der damaligen Gesetze geboren, nur ihr Gebrauch war mit der Geburt eines lebenden Kindes bedingt. Das mußte der Schwängerer wissen — er unterwarf sich dem Willen jener Gesetze. Darauf, „wann die Folgen der That zur Existenz kommen würden," kann etwas nicht ankommen. Die That an sich constituirte sogleich das auf ihre Folgen anzuwendende Klagrecht, und dessen Ursprung und Erwerb fällt also in die Zeit vor dem neuen Gesetz zurück. Diesem ist es daher rechtsunmöglich, das erworbene Privatrecht gewaltsam aufzulösen. Gleichsam vertragsmäßig, oder vermöge eines vom Gesetz zu präsumirenden Vertrags, hat sich der Schwängerer zur Anerkennung jener damals gesetzlichen Folgen der That verbindlich gemacht. Vergl. Ferguson, Grundsätze der Moralphilosophie übers. von Garve. S. 177. 414. ed. 1777. Es meint Weber hierbei S. 81. u. 82. „wenn man des neueren Gesetzes ungeachtet jenes Klagerecht der aufgehobenen Gesetze geben wollte, so würde dieses auf die widersinnige Folge führen, daß die ältern Staatsbürger überhaupt sich und ihre Angelegenheiten von der Wirksamkeit jeder Gesetzveränderung loszählen, vielmehr ein erworbenes Recht aus den bestandenen Vorschriften dagegen vorschützen könnten." Und allerdings könnte diese widersinnige Folge entstehen, wenn man nicht, wie nöthig ist, die rein aus dem Gesetz entspringende Befugniß von dem durch eine Handlung außer aber unter dem Gesetz erworbenen Recht unterscheidet, sondern mit Weber zwei ganz verschiedene Rechtsverhältnisse als identisch behandeln will. Uebrigens muß man den Fall auch umwenden. War zur Zeit einer Handlung eine gesetzliche Klage aus dieser nicht gegeben, so kann diese auch nicht entstehen, wenn die Folgen jener Handlung erst nach einem neuen, gleiche Handlungen mit einem Klagrecht ausrüstenden, Gesetz wirklich werden. Vergl. a. unten §. 12.

Digitized by Google

z. B. bei Erwerbung des Eigenthums die Uebergabe. Nur da, wo transitus juris realis legalis stattfindet, z. B. der Hypotheken, negativen Servituten, des durch letzten Willen erworbenen Rechts, z. B. der Legate ꝛc., genügt es an einem einzigen, dem entferntern factum, welches Titel genannt wird. Immer aber muß wenigstens eine Handlung vorgehen, wodurch das ein Recht erwerben wollende Subject die Erlaubniß des Gesetzes sich aneignet.

3) In dem Obligationenrecht ist es durchaus der Fall, daß mit einer einzigen Rechtshandlung (dem Contract, Quasicontract, Delict, Quasidelict,) das Recht erworben wird.

Es ist jedoch, in Rücksicht auf voriges, einem Einwurf gegen die obige Ansicht von der Nichtrückwirkung rein gesetzlicher Rechte zu begegnen. Man könnte nämlich sagen, daß nach der Theorie auch Rechte ohne besondere Handlung erworben werden können, folglich der Begriff erworbener Rechte oben nicht ausreichend fixirt worden sey. Nach Weber S. 41. erwirbt z. B. der suus heres ipso jure die väterliche Erbschaft, ohne alles factum adquisitorium, welches nur bei dem heres extraneus die aditio seyn muß. Ferner ist dies der Fall bei obligationibus quasi ex contractu, die ex immediata legis dispositione hergeleitet werden, z. B. der, dessen negotia gerirt wurden, erwirbt die actio neg. gest. directa, ohne daß er eine adquisitorische Handlung unternommen hätte. Desgleichen der Pupill gegen den Vormund die actio tut. directa, wenn gleich die Vormundschaft zu einer Zeit übernommen wird, wo der Mündling gar keine Rechtshandlung vornehmen konnte ꝛc. Hiergegen ist jedoch zu bemerken:

a) in einzeln Fällen siehet das Gesetz eine Erwerbung ipso jure für geschehen an, weil dazu zwar ein factum erforderlich war, aber nicht die feierliche Handlung, welche sonst das Gesetz als Regel des Erwerbs zur Bedingung machte. So war die aditio haereditatis, welcher das Gesetz den suus enthobe, nach altrömischem Recht ein actus legitimus. Von dem Sohn

ſagte man nun nicht: adiit haereditatem, ſondern: se immiscuit. Aber eben dieſe immixtio war doch ein factum, wiewohl nur eine ſtillſchweigende Erklärung des Suus, daß er die Erbſchaft annehmen wolle. Daher iſt nach der richtigeren Lehre der Suus heres den Gläubigern der väterlichen Erbſchaft nicht eher verbunden, als bis das nicht zu präſumirende factum immixtionis von den Gläubigern zweifellos erwieſen iſt [17]). Wollte man jedoch annehmen, der suus habe, ohne daß durch erweisliche facta die wirkliche immixtio am Tage läge, da, wo von ſeinem Vortheil die Frage iſt, die väterliche Erbſchaft ipso jure erworben, ſo daß er dieſelbe noch vor der immixtio auf ſeine Erben transmittiren, oder die väterliche Erbſchaftsſtücke gegen einen dritten Beſitzer verfolgen könne, ſo tritt hier, gleichwie

b) bei den quasi Contracten das Geſetz an die Stelle des Menſchen. Es präſumirt, oder fingirt, die Einwilligung, oder Acceptation des intereſſirten Theils, für den das Geſetz ſorgen will, ſey wirklich vorgegangen, z. B. der, deſſen negotia gerirt worden, habe gleichſam den Auftrag gegeben oder das Geſchäft genehmigt. Daher auch die Bezeichnung: obligatio quasi ex contractu. Indem nun das Geſetz den Contract präſumirt oder fingirt, beſtätigt es eben damit die Regel, daß immer eine, entweder wirklich geſchehene, oder vermöge geſetzlichen Vor- und Fürſorge-Willens als geſchehen vom Richter anzunehmende, Rechtshandlung vorgegangen ſeyn müſſe, um ein Recht zu erwerben.

c) Bei den zu Rechtshandlungen unfähigen Perſonen, z. B. den Unmündigen, Raſenden ꝛc., verordnen die Geſetze durch die Obrigkeit einen Stellvertreter — den Vormund — welcher die als poſitiv nothwendige rechtserwerbende Handlung für das zu dieſer ſelbſt unfähige Subject vollziehet.

---

17) Koch de liberis suis heredibus ad probationem abstinentiae non obligatis. Giess. 1767.

Digitized by Google

§. 12.

Noch verdient aber eine besondere und nähere, weitgreifende Betrachtung: „ob der, welcher einen Vertrag schließt, auf Alles, was die zur Zeit seiner Abschließung gültigen Gesetze in Ansehung desselben mit sich brachten, ein vollkommenes und fortdauerndes Recht dergestalt erworben habe, daß er künftig in Allem, was sich auf diesen Contract beziehen würde, nur nach den Gesetzen jenes Zeitaugenblicks beurtheilt werden müsse, mögen nun die damaligen Gesetze annoch bestehen oder nicht [18]).“

Das schon oben §. 10. angeführte preußische Patent §. XI. verordnet: „daß alle Verträge, sowohl ihrer Form und dem Inhalt nach, als in Ansehung der daraus entstehenden rechtlichen Folgen, nur nach den zur Zeit des geschlossenen Contracts bestandenen Gesetzen zu beurtheilen seyen, wenn gleich erst später auf Erfüllung, Aufhebung, oder Leistung des Interesse, aus einem solchem Contract geklagt werde.“ Und dieser Satz ist ohne Zweifel, auch doctrinell betrachtet, der richtige. Es fragt sich nämlich für gegenwärtigen Zweck: „Geben diejenigen gesetzlichen Bestimmungen in Betreff der Folgen und Wirkungen eines Vertrags, welche von den Contrahenten in den ihrigen nicht ausdrücklich aufgenommen werden, reingesetzliche Rechte, oder sind auch diese Bestimmungen durch Vertrag feingesetzte, mithin nunmehr durch den Vertrag erworbene und übernommene, Rechte und Pflichten?“ Im ersten Fall hören sie mit dem neuen, das alte verändernden Gesetz auf; im letzten Fall dauren sie auch nach dem neuen Gesetz fort. Hier muß man unterscheiden: „ob die das jus circa pactum bestimmenden Gesetze praeceptiv und prohibitiv sind, oder ob sie der Willkür der Partien freien Spielraum lassen, und blos insofern als Norm eintreten sollen, als die Partien über diesen Punct nichts ausdrücklich unter sich bestimmt haben.“ Erstere Gattungen von Gesetzen sind gewöhnlich zugleich Polizeigesetze, z. B. die Wucher-

18) Vergl. Weber, a. a. O. §. 51. S. 105.

gesetze, und sind als reingesetzliche Verordnungen anzusehen. Hingegen letztere, z. B. die Rescission eines Kaufs wegen enormer Verletzung, erhalten nur insofern Anwendung, als die Partien sie in ihren Willen aufgenommen haben, daher ihnen ja frei steht, solchen gesetzlichen Rechten zu entsagen. Denn in allem, was der Willkühr überlassen wurde, ist keine andere Quelle des Rechts vorhanden, als eben der Wille der Contrahenten. Da jedoch eine Norm nothwendig ist, so muß man annehmen, daß in allen nicht ausdrücklich bestimmten Puncten die Parteien das ganze diese Rechtsmaterie betreffende Gesetz in ihren Vertrag stillschweigend aufgenommen haben. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Contrahenten bei Schließung des Vertrags an diesen oder jenen Punct, worüber sie nichts festsetzten, speciell gedacht haben; denn das mußten sie doch denken, daß sie über das von ihnen nicht Normirte eine bestimmte Norm haben müssen. Diese Norm aber konnte keine andere seyn, als das Gesetz. Folglich unterwarfen sie sich diesem mit Freiheit, und ein Theil erwarb gegen den andern mittelst Vertrags eben das Recht, welches das zur Zeit des Vertrags allen Rechtsgeschäften obschwebende Gesetz als subsidiarische Norm aufstellt. Und mithin kann auch dieses wohl erworbene Recht durch ein neues, das alte abrogirende, Gesetz keinen von beiden Theilen wieder genommen werden.

§. 13.

Diese Ansicht wird von Weber nicht gebilliget. Er sagt §. 51. S. 106.: „Es giebt eine Menge legaler Vorschriften, die sich zwar auf Contracte und gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten beziehen, wodurch aber nicht sowohl unmittelbare Folgen eines Contracts bestimmt, nicht was ipso jure durch einen Vertrag schon völlig begründet seyn soll, geordnet, als vielmehr für solche Verhältnisse, die erst officio judicis zu bewirken sind, für die Schlichtung möglicher Streitigkeiten und Umstände, die sich erst nach dem Handel ergeben, für die Art und Weise, wie ein gewisses Recht auszuüben und zu verfolgen sey, gewisse Regeln festgesetzt werden.

Digitized by Google

Nun lehrt Weber: daß nur das Recht, was der ältere Vertrag unter den Partien ipso jure hervorgebracht habe, durch das neue Gesetz unverletzlich sey, hingegen alles das, was erst officio judicis dem einen oder andern Theil zuerkannt werde, sich schlechthin nach dem neuen Gesetz richten müsse. Als Beispiel wird von Weber aufgestellt, wenn ein neues Gesetz den römischen Rechtssatz aufhöbe: daß eine Schenkung des Undanks wegen revocirt werden könne. Wenn in solchem Fall die Schenkung in dem Augenblick, wo der Undank eintritt, ipso jure noch vor dem neuen Gesetz aufgelöset wird, so glaubt er, es könnte dieses freilich das einmal aufgelöste nicht mehr herstellen. Wenn aber dies nicht ist, sondern die Schenkung erst durch den Richter nach vorheriger Cognition über den Undank resolvirt wird, so soll dem Schenker, wie Weber §. 51. S. 108. meint, nicht mehr zu helfen seyn, werde die Klage erst nach dem neuen Gesetz angebracht, der Undank möge sich vor oder nach diesem ereignet haben.

Hier ist 1) schwer einzusehen, was die Distinction zwischen unmittelbaren und mittelbaren Folgen eines Contracts heißen soll? Versteht Weber unter letztern ein neues Rechtsgeschäft, das nur aus Gelegenheit des Contracts sich entsponnen, so hat er recht, wann er jenes nicht unter den ersten Contract subsumirt. Allein hier ist nur von Folgen die Frage, welche entspringen aus dem Daseyn des durch den Contract entstandenen Rechts, aus dem gesetzlichen Inhalt dieses Rechtes, und aus der gesetzlich vorgeschriebenen Art, es zu verlieren. Alles dies ist unmittelbare Folge des Contracts. Eben so schwer ist 2) zu verstehen, was die Contradiction des ipso jure und officio judicis bedeuten soll? Der Ausdruck: „es geschehe etwas ipso jure," hat in den Gesetzen und in der Rechtssprache mancherlei Bedeutungen. Hier, wo von Gewinn und Verlust eines Rechts die Frage ist, kann kein anderer Gegensatz des ipso jure seyn, als: facto hominis. Dort entsteht oder verliert sich das Recht aus unmittelbarer gesetzlicher Verfügung; hier durch eine dazwischen kommende Handlung entweder des Berech-

Digitized by Google

tigten selbst, oder eines andern, oder beider zugleich. Unter dem homo kann aber nie der Richter verstanden seyn insofern nicht nach der Epoche, wann das Recht gewonnen und aufgelöst wird, zu fragen ist, sondern nach dem Rechtsgrund, aus welchem diese Auflösung geschiehet. Der Richter kann in diesem Sinne weder Recht geben, noch nehmen. Nicht er, sondern das Gesetz ist die Quelle des Rechts. Er darf nichts thun, als das factum unter das Gesetz subsumiren, untersuchen, welches Gesetz anwendbar sey, und dann der einen oder andern Partei ihr Recht nicht ertheilen, sondern nur das vom Gesetz ihr bereits ertheilte, unter dessen Schutz erworbene, Recht als Richter ihr zuerkennen. Auch in dem Fall, wenn das Recht schon vor der Sentenz ipso jure aufgelöst war, braucht der Kläger das officium judicis nicht mehr und nicht weniger, als wenn das Recht erst durch die Sentenz aufgehoben wird. Nur in dem Anfang der Wirkungen z. B. bei Repetition der Nutzungen, ist der Unterschied, daß sie bei dem ipso jure früher anfangen, als bei dem officio judicis erst aufgelößten Recht.

Ohne Zweifel ist daher Weber zu dieser Distinction durch sein axiom hingeleitet worden: das Geschehene kann nicht ungeschehen gemacht werden. Es ist aber unrichtig, wie schon oben §. 7. gezeigt wurde, daß, um bei dem Weberischen Beispiele zu bleiben, das ipso jure wiederauflebende Recht des Schenkers auf die dem Undankbaren geschenkte Sache die Auflösung der Schenkung zu einer geschehenen Sache macht, insofern nicht, was hier nicht angenommen wird, der Schenker aus eigener Gewalt die geschenkte Sache zurücknahm. Die physische Macht der Obrigkeit, dem Donatar die Sache doch zu lassen, wird ja durch das Recht des Schenkgebers nicht unmöglich; folglich kann der Grund warum jenes nicht geschiehet, nur in der rechtlichen Unmöglichkeit liegen; oder mit andern Worten, nur das erworbene Recht des Schenkers giebt ihm in jedem von beiden Fällen, des neuen Gesetzes ungeachtet, das Recht des Widerrufs. Hätte Weber die Kraft des juris quaesiti nicht so sehr mißkannt, so würde seine Entscheidung

des Schenkungsfalles anders ausgefallen seyn. Er würde alsdann erkannt haben, daß, wenn das Gesetz den Widerruf wegen Undank gestattet, die Schenkung unter der stillschweigenden Resolutiv-Bedingung geschah, „insofern der Donatar nicht undankbar wird“, — eine Bedingung, die sich der Donatar, der gleich dem Schenker unter dem Gesetz stand, vermöge des Schenkungsvertrags gefallen ließ. Tritt nun diese Bedingung ein, dies mag vor oder nach dem neuen Gesetz geschehen, so hat der Schenker ein wohlerworbenes, durch ein nachheriges Gesetz nicht auflösbares, Recht, die Donation zu widerrufen. So und aus diesen Gründen würde das preußische Gesetzbuch den Fall entschieden wissen wollen.

§. 14.

Bisher wurde gezeigt, daß zwar nicht die reingesetzlichen Befugnisse, aber doch die erworbenen Rechte, in dem oben entwickelten Sinn, der Anwendung der neuen abrogirenden Gesetze enthoben seyen. Doch auch selbst bei den wahrhaft wohl erworbenen Rechten kann die Regel noch eine Limitation leiden, nämlich in den Fällen, wo es der höchsten Gewalt nicht mißdeutet werden kann, wenn sie auch rückwärts erworbene Rechte entkräftet. Nur ist es nicht passend, deswegen mit Webern der Lehre von erworbenen Rechten in dieser Materie allen Werth abzusprechen. Denn die Ausnahmen der feststehenden Regel sind nur höchstseltene, und müssen, sollen sie zulässig seyn, eine innere und äußere Nothwendigkeit mit sich führen.

Die Fälle nun, wo die Regierungsgewalt von Rechtswegen auch erworbene Rechte durch ein neues Gesetz aufheben kann, möchten folgende seyn:

1) wenn die Absicht des Gesetzgebers gar nicht erreicht werde und das für das Gemeinwohl erforderliche neue Gesetz nicht zur Wirksamkeit gelangen kann, wird es nicht auch auf frühere Rechtsgeschäfte und deren nach Publication des neuen Gesetzes fortdaurende Folgen bezogen und angewendet. Dieses ist besonders der Fall, wenn das neue Gesetz durch Staatsveränderungen herbeigeführt wird, und ein jetzt zu änderndes oder

aufzuhebendes altes Institut mit der Staatsverfassung in genauer Verbindung steht. Das beste Beispiel werden die adelichen Fideicommisse geben. Wenn angenommen wird [19]), das Staatswohl erfordere die Aufhebung der durch adeliche Fideicommisse eingeführten Successionsordnung [20]), so würde im Staate der Zweck ganz nicht erreicht, wenn man nur die künftige Errichtung fideicommissarischer Verordnungen verbieten, nicht aber die bereits bestehende unwirksam machen wollte. Denn beinahe die ganze Successionsordnung des höhern und niedern teutschen Adels beruht auf Testamenten, Erbverträgen, ꝛc. [21]) und folglich muß entweder die alte Succession forthin bestehen, oder die Rechtsfolgen jener ältern Rechtsgeschäfte sind aufzuheben. Nur darf die Regierungsgewalt zu der Aufhebung erworbener Rechte nicht eher vorschreiten und durch sie nicht weiter gehen [22]), als bis

---

19) Ob mit Grund? ist diesen Orts nicht zu beleuchten.

20) Man will, um einer buntschäckigten Collision vorzubeugen, z. B. die durch Ausschliessung der Tochter, durch Primogenituren und Majorate veranlaßte dem Gemeinwohl hinderliche, Anhäufung großer Gütermassen in einer Hand abstellen.

21) Nach Pütters und seiner Vorgänger und Nachfolger Lehre ist die Ausschliessung der Töchter von dem Erbrecht nicht durch privatrechtliche Handlungen erst entstanden, sondern als ein uralter teutscher Recht in den Erbverträgen blos wiederholt und gegen das römische Recht in Schutz genommen werden. Nach dieser Theorie wäre also das Zulassen adelicher Töchter zur Erbfolge, die vermöge eines neuen Gesetzes geschieht, blos Abschaffung eines gesetzlichen, nicht eines erworbenen Rechts. Nur freilich hätten auch unter Voraussetzung dieser Theorie die adelichen Geschlechter durch besondere rechtliche Handlungen, Erbverträge, Testamente, u. dgl. sich das gesetzliche Recht angeeignet. So auch bei der Patrimonial-Gerichtsbarkeit.

22) Wenn man also z. B. in Frankreich in der berühmten Nacht des Jahrs 1789. die Vorrechte des Adels zerstören wollte, so ist nicht abzusehen, warum man schon deswegen durchaus alle fideicommissarische Substitutionen auch des römischen Rechts entkräften mußte.

Digitized by Google

und soweit der Staatszweck es nothwendig macht. Denn schon das, was geschehen muß, ist ein hartes Opfer für den Einzelnen, und dieses kann eine bloße Nützlichkeit noch nicht rechtfertigen. S. 124. §. 16. Aus eben diesem Grund muß man an einem adelichen Testamente oder Erbvertrag soviel gelten lassen, als ohne Gefahr und Verletzung des neuen Staatsprincips geschehen kann. Kurz die Regel, daß die erworbenen Rechte nur ausnahmsweise verletzt werden dürfen, muß die neue Gesetzgebung überall bedingen und beschränken, und nur dann, wenn das für das Gemeinwohl nothwendige Gesetz ohne eine Verletzung des Rechts der Einzelnen gar nicht entstehen, ausgeübt und realisirt werden könnte, darf man annehmen, daß die Unterthanen, vermöge der bürgerlichen Unterwerfung zu Verbindlichkeiten und Aufopferungen für den Staat, welchem sie angehören und den sie mitbilden, solche Verletzungen als rechtsnothwendig anerkennen müssen [23]).

2) Wenn ein dringendes, auf keine andere Weise zu befriedigendes, Staatsbedürfniß die Aufhebung erworbener Rechte fordert, und insoferne ein wahres Nothrecht (jus necessitatis) eintritt [24]). Der Staat thut bei Ausübung dieses Nothrechts gleichsam das nämliche, was ein Privatmann thut, wenn solcher zu der auf andere Weise unmöglichen Erhaltung seines Lebens fremdes Eigenthum angreift. Dennoch aber ist es noch Niemand eingefallen, zu behaupten, in den Rechtsverhältnissen der Bürger unter sich komme es nicht hauptsächlich und durchgängig (Webers Worte von erworbenen Rechten) auf die Achtung des Privateigenthums an, weil dieses bisweilen im Gefolge eines wahren Nothrechts verletzt werden dürfe.

---

23) Vergl. oben §. 8.

24) Hieher gehört das von Weber mehrmals zur Rechtfertigung seiner Mißachtung erworbener Rechte angeführte Beispiel: wenn nach verordneter Fruchtsperre die schon früher mit Ausländern geschlossene Fruchtkaufcontracte vernichtet werden, damit die eigenen Unterthanen nicht verhungern mögen.

Digitized by Google

3) Die Moralität kann den Gesetzgeber befugen, ein früheres Gesetz abzuschaffen, findet er dessen Inhalt unsittlich, oder doch der Sittlichkeit nachtheilig. Wenn Jemand durch Aneignung des früheren Gesetzes sich auch wirklich ein Recht erworben hätte, so kann er es doch nach dem neuen Gesetz dann nicht mehr geltend machen, wann dieses verbietet, daß ferner etwas vermöge eines äußeren Rechts geschehe, was die Gesetzgebung als sittenverderblich befunden hat. Schon nach dem römischen Recht kann kein äußeres Recht bestehen, wenn die Ausübung desselben etwas nach jetzt herrschenden, früher nicht ausgebildeten, Begriffen moralisch-schändliches enthält [25]). Das Gemeinwohl, Sicherung des Staates gegen Verderb durch Immoralität, ist auch hier der Grund. Endlich kann

4) der Gesetzgeber alsdann sich veranlaßt sehen, das neue Gesetz auf frühere Rechtsgeschäfte zu erstrecken, wenn eine vorherige Erlaubniß der Gesetze grobe Mißbräuche veranlaßte, die wegen zu befürchtenden Unterschleifen nicht abgeschafft werden können, wenn nicht Altes und Neues zusammen genommen und nicht das neue Gesetz auch auf die aus früheren Rechtsgeschäften erworbenen Rechte angewendet würde. Dies war der Fall bei Kaiser Constantins Verordnung, durch welche er die lex commissoria bei Faustpfändern verbot, selbst mit Anwen-

25) Gesetzt also, ein Regent habe mit dem Code Napoleon auch dessen art. 230. eingeführt, nach welchem eine Frau keine Ehescheidungsklage gegen den Mann hat, wenn er die Ehe blos außer dem Haus brach und keine Concubine im eigenen Hause hielt, wornach also der Ehebruch unter dieser Bedingung noch äußerlichem Recht erlaubt wäre — gesetzt dieser Regent findet ist der Folge jene den Ehemännern gestattete Licenz der Sittlichkeit, als der Grundlage guter Ehen, nachtheilig, und schafft sie durch ein neues Gesetz ab, wie im Königreich Westphalen geschah, so wäre, nach dem angegebenen Princip, eine Ehefrau sogleich nach Publication des neuen Gesetzes berechtigt, gegen den außer dem Haus abülterirenden Ehemann auf Ehescheidung zu klagen, wenn gleich ihre Ehe noch zur Zeit der Gültigkeit des art. 230. des Code Napoleon geschlossen wurde.

Digitized by Google

dung auf die bereits deshalb geschlossenen Verträge [26]). Eben dieses könnte der Fall seyn bei neuen Gesetzen in Betreff des Zinsfußes.

Man fühlt indessen leicht, daß der Fall unter 4) mit denen unter 1 — 3. nicht ganz unter einer Kategorie steht, weil hier die Zurückziehung auf frühere Geschäfte nicht durchaus nothwendig ist, sondern mehr die Erleichterung der Vollziehung des neuen Gesetzes als Bedürfniß des Gemeinwohls angesehen wird.

§. 15.

Noch ist aber ein besonderer Grund vorhanden, ein früheres Rechtsgeschäft mit seinen spätern Wirkungen nicht nach dem Gesetz, das zur Zeit seines Erwerbes galt, sondern nach dem neuen Gesetz [27]) zu beurtheilen; nämlich: im Fall das eine Rechtsgeschäft mit dem andern, und das aus dem alten Gesetz erworbene Recht mit dem aus dem neuen Gesetz erworbenen, dergestalt collidirt, daß entweder das eine oder das andere dieser Rechte Noth leiden muß. Dieses ereignet sich besonders im Gant, wovon unten §. 23. Beispiele angeführt werden sollen. Wenn es nun nothwendig ist, daß entweder das eine oder das andere Recht verdrängt werde — denn jede unauflösbare Collision von Rechten zieht den Tod des einen nach sich — so ist es am natürlichsten, und folglich am gerechtesten, daß in der Collision das neue Gesetz für alle Rechtsprätendenten beobachtet werde. Die neue Gesetzgebung bezielt das Gemeinwohl, und dessen für den Staatszweck nothwendige Forderung und Feststellung kann durch einzelne Privatrechte nicht gehemmt und verhindert werden.

§. 16.

Aus den in den beiden vorigen §§. vorgetragenen Fällen

---

26) Const. 3. Cod. de pactis pignorum rel. 8. 35.

27) Daß es gleichviel sey, ob das spätere Gesetz neu entworfen, oder, als vorher in einem andern Gebiet schon bestehend, nur auf ein anderes Gebiet ausgedehnt, auch in diesem als Gesetz publicirt wurde, bedurfte oben keiner besondern Erwähnung.

Digitized by Google

ergiebt sich, daß, wenn der Gesetzgeber durch ein neues Gesetz früher erworbene Rechte aufhebt, er es entweder aus einer Art von Nothwendigkeit, sie mag nun physisch oder moralisch seyn, oder auch zur Erleichterung der Einführung des bessern neuen Gesetzes thut. Oefters kann mit der gesetzlichen Aufhebung eines erworbenen Rechts die schon oben angedeutete Pflicht zur Entschädigung des durch das neue Gesetz leidenden Subjects verbunden seyn. Da aber diese Staatspflicht auf die Rückwirkung des Gesetzes selbst keinen Einfluß hat, so bedarf diese Materie hier keiner weitern Ausführung — sie ist nicht Zweck dieser Abhandlung. Von Rechtswegen sollte außer dem Fall einer gebieterischen Nothwendigkeit nie eine Verletzung erworbener Rechte durch ein Gesetz statt finden; selbst eine wohlthätige Absicht, insofern diese nicht auf das esse, sondern nur auf das melius esse des Staats abzweckt, sollte jene Verletzung noch nicht motiviren können. Denn jede Wohlthat, die der Staat seinen Unterthanen erzeigen kann, verschwindet, wenn sie mit dem Verlust eines Rechts, dessen Erhaltung der erste und wichtigste Zweck des Staats seyn soll, erkauft werden muß. Indessen wenn auch je eine Gesetzgebung hie und da jene Grenzen überschreitet, indem sie das dem Gemeinwohl Ersprießliche an die Stelle des Absolut-Nothwendigen setzt, so läßt sich doch nicht behaupten, daß nicht bei der Rückwirkung der Gesetze das wohlerworbene Recht eine Hauptrücksicht aller civilisirten Staaten von jeher gewesen und noch sey; daher der Richter bei Anwendung eines neuen Gesetzes im Zweifel immer annehmen muß, der Gesetzgeber habe das einmal erworbene Recht nicht kränken wollen. Der Richter ist daher zu einer solchen Kränkung in der Anwendung nicht eher befugt, als wann das Gesetz die Rückwirkung auf früher erworbene Rechte und auf ihre nach dem Gesetz eintretenden Folgen ausdrücklich befiehlt [28]). Es versteht sich jedoch hiebei, daß,

28) So dachte auch die römische Gesetzgebung z. B. L. 7. Cod. de legibus. L. 65. Cod. de decurionibus. u. a. O. Von

wann aus dem Inhalt und der Fassung des Gesetzes die Absicht des Gesetzgebers, von nun an die Folgen früherer Rechtsgeschäfte in gänzliche Harmonie mit der neuen Verordnung zu bringen, mit Gewißheit klar erhellet, eine wörtlich-ausdrückliche Sanction der Zurückziehung des neuen Gesetzes zu dieser Wirkung nicht nöthig ist.

Abschnitt II.

Anwendung obiger Grundsätze auf einige specielle Rechtsfragen.

§. 17.

Die bisher vorgetragenen Regeln als richtig vorausgesetzt, wird es nicht zwecklos seyn, einige specielle Rechtsfragen auszuheben, welche bis jetzt am häufigsten zur Sprache gekommen sind. Sie betreffen theils das Erbfolgerecht der Eheleute, theils die Gesetzescollisionen bei Gantungen d. h. Gläubigerconcursen.

§. 18.

Nach welchen Gesetzen ist sowohl die Gütergemeinschaft, als das Erbfolgerecht, derjenigen Eheleute, welche vor Einführung der neuen Gesetze ihre Ehe schlossen, in Ermanglung eines Erbvertrags zu beurtheilen? — nach dem Statut, das zur Zeit des eingegangenen Ehecontracts das geltende war? — oder nach dem neuen Recht, das zur Zeit des eröffneten Successionsfalles allgemeine Gesetzeskraft hatte?

---

eben diesem Gesichtspunct des röm. und canonischen Rechtes aus soll der anhängig gewordene Proceß, ändern sich in dessen Lauf die Verfahrungsregeln durch eine neue Gesetzgebung, nach denjenigen Proceßregeln fortgesetzt und entschieden werden, welche vor Eintritt des neuen Gesetzes galten. Denn die Parteien erhielten durch jene ihre äußere Thätigkeit, durch ein positives Handeln in Gemäßheit der damaligen Proceßgesetze, ein jus quaesitum auf deren fernere Anwendung in der vorliegenden Streitsache. Nov. 115. praef. et Cap. 5. X. ut lit. pend. nihil innov.

Digitized by Google

Diese Frage kann nicht so geradezu nach der Regel gesetzlicher Erbfolge zwischen Eltern und Kindern und andern Familiengliedern beurtheilt werden, selbst wenn auch hier angenommen wird, daß kein Testament oder besonderer Erbvertrag vorliegt. Denn es kommt zunächst darauf an, ob nicht der Ehecontract an sich, wäre auch der Successionsrecht nicht namentlich darin gedacht, Ziel und Maas giebt? Allerdings muß der Richter zunächst den Ehecontract überhaupt in das Auge fassen, wenn die oben (§. 12.) von Verträgen vorgetragene Theorie richtig ist. Das wechselseitige Erbrecht der Eheleute und ihre Gütergemeinschaft entspringen unmittelbar aus dem Ehecontract nicht blos ex occasione desselben. Der Rechtsgrund, warum z. B. den Eheleuten eine statutarische Portion zugetheilt wird, ist gar kein anderer, als ihr durch den Ehecontract entstandenes eheliches Verhältniß; von der Gütergemeinschaft ist das ohnedies klar. Nun ist es ein von allen Gesetzgebungen angenommener Satz: daß den Eheleuten überlassen bleibt, ihre wechselseitige Vermögensrechte nach freier Willkühr zu ordnen, mithin entweder die gesetzliche, oder eine abweichende, durch Vertrag zu bestimmende, Norm zu befolgen. Haben sie nun keine besondere Norm festgesetzt, so läßt sich freilich nichts anders annehmen, als daß sie sich dem zur Zeit der geschlossenen Ehe in ihrem Wohnort geltenden Gesetz unterworfen haben. Nothwendig müssen sie, wenn sie ihre Ehe unter Leitung der Vernunft schlossen, auch an ihre Vermögensrechte und eine diesfallsige Norm gedacht haben. In Betreff der Gütergemeinschaft war es ohnedies durchaus nothwendig; denn die Wirkungen derselben fangen ja gleich mit dem Anfang der Ehe an, sich zu äußern. Dann kann aber auch das Erbfolgerecht, das mit der Gütergemeinschaft in unzertrennbarer Verbindung steht, um so weniger unbeachtet geblieben seyn, weil jeder der Ehegatten nach Pflicht gegen sich und den andern an ihr beiderseitiges Schicksal nach Trennung der Ehe denken mußte. Gesetzt aber auch, sie hätten zur Zeit der Schließung der Ehe an das Erbrecht nicht gedacht, so mußten sie doch beiderseits

das Bedürfniß fühlen, für alle ihre eheliche Verhältnisse eine Norm zu haben; sie konnten nicht anders, als eine Norm wollen. Da nun sie selbst keine ausdrücklich festsetzten, so unterwarfen sie sich beiderseits stillschweigend der Norm des Ehecontracts-Gesetzes in allen jener positiven Rechtshandlung eigenen Rechtsverhältnissen, folglich auch wegen des Erbfolgerechts. So stand es zwischen ihnen zu Anfang der Ehe; während derselben fuhren sie nicht nur fort, z. B. die Rechte der Anfangs beliebten Gütergemeinschaft zu genießen, sondern sie hatten auch hundert Veranlassungen, an den Fall ihrer künftigen Trennung zu denken; und doch machten sie über das Erbrecht keine Verfügung, welche ihrer Willkühr noch möglich war. So bleibt es, bis die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten getrennt wird, und jetzt der Successionsfall eintritt. Läßt sich denn anders denken, als daß die Eheleute bis auf diesen Zeitpunct hin mit Freiheit nur die vormals gesetzliche, d. h. die mit der Natur ihres Ehecontracts gesetzlich verbundene, Erbfolge zur Norm ihrer Vererbung wählen wollten? Und wird daher nicht das wohl erworbene Recht des Ueberlebenden gekränkt, wenn ihm nun, des fortgesetzten Ehevertrags ungeachtet, gegen seinen Willen das neue Erbrecht aufgedrungen wird?

Allein, wird man sagen, wenn die Ehegatten jenes erworbene Erbrecht aufrecht zu erhalten wünschten, warum schlossen sie denn zu diesem Zweck nach Einführung des neuen Gesetzes keinen Erbvertrag, was ihnen so leicht war? sie mögen es also ihrer Nachlässigkeit zuschreiben, wenn das neue Erbrecht gegen den Ueberlebenden angewendet wird! Hierauf ist zu erwiedern: so lange kein Gesetz vorhanden war, das ihnen zu Erhaltung des alten Erbrechts diese Pflicht auflegte, (und dieser Fall wird ja hier angenommen) so war die oben angeführte Betrachtung ihnen die natürlichste. Sie stellten sich gewiß nicht vor, daß, wenn sie einmal ihr ganzes eheliches Verhältniß in Vermögenssachen einem Gesetz gemäß eingerichtet hatten, man erst bei dem Ende ihrer Ehe die Gültigkeit ihres, die ganze Ehe

hindurch vorausgesetzten, Rechtes durch das Aufdringen eines neuen Gesetzes stören werde. Gesetzt z. B. die allgemeine Gütergemeinschaft hatte während der ganzen Ehe stattgefunden, (dies ist einer der Fälle, die am häufigsten Anfragen veranlassen) sollte denn die Succession des Ueberlebenden doch nicht darnach regulirt werden? — er sollte die Rechte des Sammteigenthums, das er durch die Ehe erworben, und während derselben ausgeübt hatte, bei dem Successionsfall blos durchs neue Gesetz verlieren? Solches läßt sich als dem Willen der Eheleute nicht gemäß denken; und da dieser Wille hier allein entscheidet, so folgt hieraus, daß der Richter seine, in Ermanglung ausdrücklicher Erklärungen eintretende, Präsumtion blos nach dem bestimmen muß, was als Wille der Interessenten aus ihren früheren Handlungen, so natürlich- als positiv-gesetzlich, hervortritt. Es ist eine alte Rechtsregel: daß eine Veränderung nicht vermuthet werden soll. Wenn daher ein Rechtsverhältniß die ganze Ehe hindurch fortgedauert hat, wenn von jedem der Ehegatten alle seine Lebensverhältnisse darnach eingerichtet wurden, so läßt sich der Wille, bei eintretender Succession jenes Rechtsverhältniß als nicht vorhanden anzusehen, keinesweges vermuthen, sondern diese Sinnesänderung muß, um als vorhanden angenommen werden zu können, deutlich erklärt seyn [29]).

Sobald daher das preußische Gesetzbuch alle frühern Verträge in Ansehung der daraus entstandenen Folgen nur nach den zur Zeit des geschlossenen Contracts bestandenen Gesetzen beurtheilt wissen wollte, so könnte es nicht anders [30]), als die

29) Wie Ulpian spricht: eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. L. 22. Dig. de probationib. et praesumt.

30) Wenn es gleich die rein gesetzliche Erbfolge, z. B. zwischen Eltern und Kindern, insofern keine Rechtshandlung dazwischen gekommen ist, nach den Vorschriften des neuen Landrechts eingerichtet wissen will §. XIII.

Digitized by Google

Erbfolge der Eheleute, welche aus ihrem Ehevertrag fließt [31]), durch Provinzialgesetze und Statuten eben so gut bestimmen zu lassen, als durch andere Verträge und letztwillige Verordnungen. Ja wenn nichts als gemeines Recht zur Zeit der geschlossenen Ehe geltend war, wenn daher die Ehegatten Successionsrechte aus jenem erworben haben konnten, so sollte nicht geradehin das neue preußische Landrecht befolgt werden, vielmehr der überlebende Ehegatte die Wahl haben, ob er nach gemeinem Recht, oder nach dem neuen Landrecht, erben wolle [32]).

Weber hat den Fall vom Erbrecht der Eheleute nicht namentlich abgehandelt. Nach seiner sonstigen Theorie würde er zwar ihren Erbverträgen, insofern sie vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich aufgehoben wurden, bei Eintretung des Successionsfalles nach dem neuen Gesetz ihre Kraft gelassen, hingegen in Ermanglung jenes Vertrags das neue Gesetz dem alten vorgezogen haben. Das Erbrecht, das durch Vertrag bestimmt wird,

31) Publicat. Patent §. XIV.

32) Ganz nach den nämlichen Grundsätzen sprechen die französischen Tribunale, nach Grolman, in dem Handbuch über den Code Napoleon B. I. S. 26. „Ja man ist von diesem richtigen Satz (daß der Code Napoleon auf frühere ausdrückliche Ehepacten nicht zurückwirke) mit vollem Recht zu dem weitern übergegangen, daß die bezeichneten Verhältnisse der Ehegatten auch selbst dann, wenn sie vor der Einführung des Code Napoleon ohne Schließung eines ausdrücklichen Ehevertrags ihre Ehe eingegangen hätten, nach den zur Zeit dieser Eingehung geltenten Gesetzen beurtheilt werden müßten, weil man annehmen müsse, daß die Ehegatten im Vertrauen auf die Bestimmung ihrer Rechtsverhältnisse durch die bestehende Gesetzgebung eine Regulirung derselben durch ausdrücklichen Vertrag unterlassen, und dadurch die Bestimmungen dieser Gesetzgebung für sich stillschweigend zur vertragsmäßigen erhoben hätten.“ Ein sehr vorzügliches Urtheil des Appellationshofs zu Trier beantwortet die in Teutschland bekanntlich bestrittene Frage, ob aus der neuen Gesetzgebung nicht eine stillschweigend gewollte Abänderung der Rechte gefolgert werden könne? verneinend. Vergl. a. Nov. 22. C. 1. N. 66. C. 1. §. 4. u. 5. L. un. Cod. 5. 13.

Digitized by Google

betrachtet er als eine geschehene Sache, und läßt es deswegen auch nach dem neuen Gesetz fortdauren. Wo aber nicht ein ausdrücklicher Vertrag geschlossen wurde, da nimmt er keinen stillschweigenden Bezug der Paciscenten auf das contractzeitliche Gesetz an, glaubt daher nicht, daß aus jenem alten Gesetz ein Recht erworben sey, und läßt deswegen nur das neue Gesetz über die Folgen des Vertrags entscheiden. Einer besondern Widerlegung bedarf diese Lehre nicht mehr.

§. 19.

Wie sind die Gesetzescollisionen im Gant zu beurtheilen?

Besonders häufig können vorkommen, Collisionen zwischen Gesetzen und Statuten incorporirter Territorien und zwischen dem dort als neu eingeführten Recht des andere Gebietstheile erwerbenden Landes [33]), wenn man auf den Gläubigerconcurs hinsiehet.

Am sichtbarsten ist solches bei den Prioritäts-Erkenntnissen, wenn Forderungen, die unter dem alten, und solche, die unter dem neuen Gesetz contrahirt wurden, collidiren. Hier entstehet oft eine buntscheckigte Mischung, wird nicht das Localitätsurtheil in dem Geiste nur einer Gesetzgebung verfaßt. Die meisten hier vorkommenden Streitigkeiten werden sich unter die 3 Fragen bringen lassen:

1) welche Form erfordert das Rechtsgeschäft, aus welcher der Gläubiger seine Forderung ableitet?

2) wie ist der Inhalt des frühern Rechtsgeschäfts, welches die Forderung im Concurs erzeugte, zu beurtheilen?

3) Wie ist die Location der aus verschiedenen Gesetzgebungen herrührenden Forderungen zu entwerfen, und zwar

a) in Ansehung des Capitals —

b) in Rücksicht auf die Zinsen?

§. 20.

1.) Rechtsgeschäfte sind nur in der Form zu errichten, welche an dem Ort, wo sie eingegangen worden, die gesetzliche

---

33) Man betrachte z. B. Würtemberg, Baden u. s. w.

ist. Geschahe dieses, so wird auch in den Gerichten eines andern Staats dem auf jene Weise formgerecht existent gewordenen Rechtsgeschäft Rechtsgültigkeit und gerichtliche Wirkung zugetheilt. Es ist auch dieses Princip wegen des Verkehrs der Unterthanen verschiedener Staaten von hoher Wichtigkeit und wird durch den Rechtssatz: der Richter dürfe nicht nach fremden Gesetzen entscheiden, keinesweges ausgeschlossen [34]). Er ist also auch in dem vorliegenden Fall bei Gantungen, und bei der Collision der Statuten in Hinsicht auf jede einzelne Forderung an die Masse und den Gemeinschuldner, auf die Zeit ihres Erwerbs zurückzugeben und zu prüfen, ob der Erwerb unter der in loco contractus etc. damals hinreichenden Form erwiesener Maßen geschehen ist. Dieses vorausgesetzt wird die Form kein Hinderniß, der Forderung ihren Platz anzuweisen [35]), so wie auch das nämliche Princip insoferne zur Anwendung kommen muß, als von der Beweiskraft eines Schuldocuments u. dgl. die Rede ist. Erfordert eine solche Urkunde eine besondere äußere oder innere Form, so kann ebenfalls nur auf die Zeit ihres Ursprungs hingesehen werden. Ist der damaligen Form ein Genüge geschehen, so ist das Document auch für die Folge beweis-

34) Vergl. Gensler, in dem Handb. zu Martins Lehrbuch des teutsch. bürgerl. Processes. Thl. I. Abh. 2. ibi all. not. 10.

35) z. B. dem Königr. Württemberg ist manches vormalige Reichsgebiet incorporirt worden, in welchem das württemberg. Recht nicht galte. Hat aber das jetzt in einem Concursproceß zur Sprache kommende, in einem vormaligen Reichsgebiet errichtete Rechtsgeschäft die damals dort durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht vorgeschriebene Form, so muß es nun in jedem württemb. Gericht auch im Gantproceß als das gelten, wofür es sich nach jenen Gesetzen ankündiget. Hypotheken also, welche bei ihrem Ursprung nach den besondern oder gemeinrechtlichen Formgesetzen des incorporirten Landes constituirt wurden, müssen jetzt von allen Gerichten des Königr. Württemberg anerkannt werden, gesetzt auch jene Form war von der, welche das württemb. Landrecht erheischt, durchaus verschieden.

kräftig, muß agnoscirt oder recognoscirt werden, wäre auch bis dahin, wo es zum Beweis producirt wird, eine andere Form unter Androhung der Nullität vorgeschrieben worden [36]). Umgewendet aber muß derjenige, welcher erst nach der Publication eines neuen Formgesetzes ein vorher bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft nur beurkunden lassen will, in Ansehung dieser Urkunde, dieser Nebenqualitäten des erst später gebornen Beweismittels, die neugesetzliche Form beobachten.

§. 21.

2) Das richterliche Erkenntniß über den materiellen Inhalt der aus frühern Rechtsgeschäften im Gant eingeklagten Forderungen, oder die Frage: was und wie viel gefordert werden dürfe? muß, zufolge der Principien vom erworbenen Recht, ebenfalls nach dem Statut sich richten und entschieden werden, welches zur Zeit der Herstellung jenes Geschäftes in dem Gebiet, oder an dem Ort, wo es perfect wurde, das geltende war [37]).

Nur eine Ausnahme findet hier Statt. Wenn nämlich der Inhalt einer früheren Convention sich nach absolut präceptiven oder prohibitiven Gesetzen richtet, die anders sind, als das jetzt geltende Gesetz, so müssen die seit Einführung des neuen Gesetzes eintretenden Wirkungen des frühern Vertrags, blos nach dem neuen Gesetz geregelt werden, insofern nämlich dieses Gesetz Rückwirkung auf frühere Rechtsgeschäfte ausdrücklich verordnet, oder dieselbe doch in Anwendung auf spätere Folgen aus dem Inhalt des Gesetzes nothwendig gefolgert werden muß [38]).

---

36) Z. B. Stempelpapier ꝛc. S. L. un. Cod. 5. 13. L. 18. Cod. 4. 20. Nov. 66. C. 1. §. 4. a. E.

37) Z. B. wenn Leichenkosten gefordert werden, kommt es blos darauf an, was nach geschriebenem oder Gewohnheitsrecht des Orts, wo die Leiche bestattet wurde, erlaubter Aufwand war.

38) Ein Beispiel giebt der sechste und weitere Zinsgulden. Solcher ist durch das württemb. Generalrescript vom 12. Sept.

Digitized by Google

§. 22.

Endlich

3) ist noch die nicht wenig schwierige Lehre von der Location sowohl des Capitals als der Zinsen übrig. Betrachtet man die aus den Gant-Locations- und Prioritäts-Gesetzen fließenden Rechte der Gläubiger als reingesetzliche in dem oben (§. 8.) angenommenen Sinn, und behauptet man, der alleinige Grund des Rechts sey das Gesetz, und die von solchem vorgezeichnete Locationsordnung sey lediglich Vorschrift für den Richter, so ist nach obiger Deduction bald entschieden, daß alle unter früher geltenden Statuten entstandenen Forderungen in dem Gant lediglich nach der neuen Ordnung der Gläubiger locirt werden müssen. Und es hat diese Darstellung Consequenz, wenn man das Rechtsverhältniß nicht so in das Auge faßt, wie es durch Vertrag zwischen dem einzeln Gläubiger u. dessen Schuldner festgesetzt wurde, sondern es lediglich als Verhältniß zwischen den in einem Gant concurrirenden Gläubigern unter sich betrachtet. Ein Gläubiger gegen den andern Gläubiger kann sein Prioritätsrecht aus gar nichts, als aus dem Gesetz ableiten; er

---

1798. des Gemeinwohls wegen absolut, bei Strafe, und zwar so verboten, daß auch aus früheren Darlehen von Publication des Rescripts an derselbe als verboten angesehen werden muß. Den Wucher untersagende Gesetze sind durchaus verbietende Gesetze; der Grund ihrer Wirkung liegt nicht im Willen der Parteien, sondern der das Gemeinwohl berücksichtigenden Gesetzgebung. Wenn daher in einem vormaligen Gebiet die Zinssteigerung bis auf sechs und mehrere Procente gestattet, dieses aber von der württemb. Gesetzgebung als etwas schädliches und schändliches verboten war, so sind von der Zeit an, wo nachher das Gebiet württembergisch wurde, im Gant nicht mehr, als 5 pCt., zuzuerkennen, wohl aber müßen die vor dieser Epoche verfallenen rückständigen 6 pCte vollständig zuerkannt werden, weil sonst das württembergische Gesetz gegen seinen Wortinhalt zurückwirken würde.

Digitized by Google

hat gegenüber von dem Mitgläubiger sich das Gesetz durch keine privatrechtliche Handlung angeeignet. Fällt daher, kann man scheinbar weiter schließen, das Gesetz, so fällt mit ihm das Prioritätsrecht — jener Gläubiger kann sich nicht beschweren, wenn ihm der Mitgläubiger, vermög des neuen Gesetzes, vorgezogen wird; indem dieser mit jenem kein Rechtsgeschäft eingieng, wodurch das Vorzugsrecht hätte erworben werden können [39]).

Erwägt man hingegen das Daseyn des zwischen dem Schuldner und Gläubiger eingegangenen Schuldcontracts, und die oben festgesetzte Regel, daß in allen zwischen den Contrahenten nicht ausdrücklich verabredeten Puncten die Verträge in Ansehung aller daraus entstehenden rechtlichen Folgen lediglich nach den zur Zeit des geschlossenen Contracts bestandenen Gesetzen zu beurtheilen sind, so stellt sich ein vermöge Contracts erworbenes Recht des Gläubigers dar. Wer nämlich mit dem andern in der Art contrahirt, daß die Contractsverbindlichkeit seines Mitcontrahenten nicht sogleich, sondern erst in der Folgezeit, erfüllt werden soll, muß vernünftigerweise auch den Gedanken an die etwanige Zahlungsunfähigkeit jenes seinen Paciscenten und folglich einen künftigen Gant in seinen Plan mit aufnehmen. Die Gesetze müssen wenigstens dies vermuthen. Der creditirende, der seine Gegenleistung, Befriedigung, Rückzahlung u. dgl. erst in der Zukunft erwartende Contrahent — der Gläubiger — wird also an diejenige Ordnung denken, in der seine Forderung nach den tempore contractus in loco contractus bestehenden allgemeinen positiven Rechtsnormen befriediget werden soll, mithin zugleich an diejenigen Gläubiger, die ihm im Gant nach eben jenen Gesetzen möglicherweise vorgehen und nachstehen. Er wird daher Vorsichtsmaasregeln nehmen, um im Gant seiner Forde-

39) Man könnte gleichsam hier sagen: res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest. L. 27. §. 4. Dig. de pactis. L. 1. Cod. inter alios acta rel. aliis non nocere.

rung eine, die Zahlung deckende, gewisse Location zu sichern [40]). Daher muß man annehmen, daß in dem Inhalt der Convention selbst die Priorität liegt, indem derjenige, der sich eine Hypothek constituiren läßt, eben das thut, als wann er sich ausdrücklich stipulirte, im Gant allen simpeln Gläubigern vorgezogen zu werden; und so hat er, unter Erlaubniß der bestehenden Gesetze, durch das positive Factum des Contracts ein wohlerworbenes Recht in den Bezirk seines Privat-Rechtskreises übergetragen [41]). Auch kann man nicht behaupten, daß das gesetzliche Prioritätsrecht ganz außer der Willkühr des Contrahenten liege, denn der Gläubiger kann ihm ja entsagen; es kann z. B. der, welcher eine privilegirte Hypothek in zweiter Classe hätte, mit der Location in einer nachfolgenden Classe sich begnügen. Erwirbt nun der Gläubiger durch und mit dem die Forderung begründenden Contract auch die gesetzliche Priorität, ist daher das unter dem früheren Statut entstandene Prioritätsrecht als ein erworbenes Recht zu betrachten, so kann ihm dieses durch ein neueres Locationsgesetz eben so wenig entzogen werden, als dadurch, daß ein Gericht in dem Gant entscheidet, welches zur Zeit des Ursprungs jenes Prioritätsrechtes noch nicht competent war, welches aber durch Erweiterung seiner Jurisdiction über incorporirte Gerichtsunterthanen es geworden ist. Denn dieses Ereigniß ist kein gerechter Grund, erworbene Rechte aufzulösen. Und dieses muß also auch bei einer

---

40) Z. B. wer sich eine Hypothek bestellen läßt, will, nach würtembergischem Rechte, in die 2te Classe; wer seinem Unterpfand Publicität geben läßt, will in die 1te Abtheilung der 3ten Classe kommen, eben daher allen, die das Gesetz nach ihm locirt, vorgesetzt seyn, so wie er sich auch die gesetzlich ihm vorgehenden Classen gefallen läßt.

41) Das erworbene Vorzugs- oder Pfandrecht des Gläubigers gehört ja ad hujus bona — ist ein Theil seines patrimonii. L. 49. Dig. de verbor. significat.

Digitized by Google

neuen Gesetzgebung berücksichtiget werden, damit sie den Vorwurf einer Kränkung wohlerworbener Privatrechte nicht auf sich lade — sie muß, vermöge der heiligen Pflicht, auch im Nothfalle gerecht sich auszusprechen, jenes Princip so oft und so lange angewendet wissen wollen, als dessen Anwendung möglich bleibt. Dieses ist nun dann allerdings der Fall, wann alle zu locirenden Forderungen vor dem neuen Gesetz entstanden sind und zwar unter der Herrschaft der nämlichen Gesetze [42]).

§. 23.

Aber Aber — wie alsdann, wann Forderungen concurriren und collidiren, die theils vor theils nach Einführung des neuen Locationsgesetzes contrahirt und mit einer Priorität versehen wurden, und wann nun die Location des ältern und neuern Rechts so von einander abweicht, eine solche Collision entstehet, daß dem locirenden Richter physisch und moralisch unmöglich wird, jedem sein erworbenes Privatrecht zuzusprechen, ohne daß in der Distribution und Execution eine neue Collision sich zeigt, welche ohne Verkürzung des einen Gläubigers sich nicht heben läßt? [43]).

---

42) Z. B. des gemeinen Rechts, oder des Hohenlohischen Landrechts.

43) Z. B. das frühere Gesetz hat verordnet, die legale Hypothek solle mit der öffentlichen Hypothek dem Alter nach concurriren, da hingegen das württembergische Recht die legalen unbedingt den öffentlichen nachsetzt, und es kommen nun in dem jetzt eröffneten Gant eine ältere legale, und eine jüngere unter württembergischen Gesetz contrahirte öffentliche Hypothek zusammen. In diesem Fall muß entweder die erste, oder die zweite, ihr gesetzliches Vorzugsrecht verlieren; eines von beiden muß nothwendig aufgeopfert werden. Ja es ließe sich denken, daß z. B. ein württembergischer Richter in dem nämlichen Gant solche bevorzugte Forderungen zugleich lociren solle, von welchen ein Theil unter der Herrschaft des römischen Rechts, ein anderer Theil unter der Herrschaft des hohenloher Landrechts und ein

Digitized by Google

Hier nun, aber auch nur hier, ist die oben (§. 15.) aufgestellte Rechtsregel anwendbar: daß, so oft im Gant Forderungen, die zur Zeit des vorhin geltenden Statuts, und solche, die zur Zeit des neuen Rechtes contrahirt wurden, zusammen kommen, die Locationsordnung des neuern Rechts durchaus, d. h. in Ansehung aller Forderungen, beobachtet werden müsse, weil es in der That etwas Widersprechendes enthält, daß einige Forderungen nach der ältern, andere nach der neuen Prioritätsordnung locirt werden sollen a).

---

dritter Theil unter der Herrschaft des württemberger Landrechts wohlerworben wurde — es wäre möglich, daß alle sogar gleiches Alter hätten — mit und neben einander aber, jedes nach seinen Gesetzen, sich nicht realisiren ließen, weil das eine Gesetz die Anwendung des andern absolut ausschließet, — weil jedes Gesetz seinen Schützling vorgezogen wissen will, und unter dreien doch nur einer der erste seyn kann.

a) Die Redaction des Archivs für civilistische Praxis erlaubt sich hier doch den Zweifel: ob die Entscheidung nach dem neuen Recht das *einzige* und *gerechteste* Mittel sey, aus der Collision sich herauszuwinden? — Vor allem war wohl der Fall auszunehmen, wenn beide Gläubiger ihr Pfandrecht *in dem nämlichen Gebietstheil* erwarben — der eine *früher* nach der *ältern* Gesetzgebung, der andere *später* nach dem *neu eingeführten* Gesetz. In diesem Fall *kann* und muss, der Gerechtigkeit nach, die Regel des §. 22. rein zur Anwendung kommen, „dass nämlich das neuere Gesetz die unter dem Schutz des älteren bereits wohlerworbenen Privatrechte zu verrücken nicht vermag.“ Erwarben die Gläubiger ihr Recht in *verschiedenen* Gebietstheilen, zu einer Zeit, ehe solche unter eine gleichförmige Gesetzgebung gezogen wurden, so dürfte dennoch auch hier *überall* die §. 22. bezeichnete, der Gerechtigkeit entsprechende, Regel herrschen: „was schon unter der Autorität des gültigen Gesetzes mit einem Pfandrecht belastet ist, kann durch ein anderes Gesetz nur in soweit nachher auch belastet werden, als es *frei* und *Gegenstand einer Disposition* des Schuld-

Digitized by Google

Ebenso verhält es sich mit den Zinsen, insofern diese, oder einen Theil von solchen, das neuere Recht anders locirt, als

ners war. Mehrere ältere, in *verschiedenen* Gebieten *neben einander bestehende* Gesetzgebungen, z. B. römisches Recht im Gebiete A., württemb. Landrecht im Gebiete B., hohenloher Landrecht im Gebiete C., verhalten sich gewifs *eben so zu einander*, wie das eine ältere Recht zu dem *neuen* Gesetz. Dort giebt *die Zeit des Rechtsgeschäfts*, z. B. des Contracts, eben den Scheide- und Berechnungs-Punkt, welchen hier die *Publication* des neuen Gesetzes darstellt. Das im Gebiete A. veräufserte oder erworbene Recht kann *eine Minute nachher* im Gebiete B. nicht so veräufsert oder erworben werden, dafs jener frühere Erwerber im Gebiete A. einen Verlust erleiden müfste. Ein solches zweites Rechtsgeschäft *mit jener Folge* ist eben so *rechtsunmöglich*, als die Vernichtung eines bereits erworbenen Rechts durch ein *neues* Gesetz in dem *nämlichen* Gebiet. Veräufserung und Erwerb des *nämlichen* Rechts eodem momento in zwei verschiedenen, unter verschiedenen Gesetzgebungen liegenden Gebieten, ist wohl sogar *physisch*, gewifs aber wenigstens *rechtsmoralisch* unmöglich. Es dürfte also auch im ersten obigen Fall eine *unauflösbare* Collision zu verschiedenen Zeiten nach verschiedenen Gesetzen erworbener Rechte *nicht vorhanden* und das Vernichten oder Kränken eines *früher* unter dem Schutz irgend eines Gesetzes erworbenen Rechts *nicht weniger rechtsunmöglich* seyn, als durch eine in dem nämlichen Gebiet die zeitherigen Gesetze aufhebende neue Gesetzgebung überhaupt. Schwierigkeit in judicando, Anstrengung des Richters zu rechtswissenschaftlichen Reflexionen, Sonderungen u. s. w. begründen keine Collision des Staatswohls — weit stärker collidirt mit diesem das Vernichten erworbener Rechte. Das Locations-Urtheil *bedarf* keiner *Classen*, sondern nur einer *Rangordnung*. Am Ende aber — *fänden sich wirklich* durch obige Principien *nicht auflösbare* Collisionen, — mögte eine Gleichstellung beider *so* collidirenden Gläubiger und eine Befriedigung pro rata immer noch das gerechteste Auskunftsmittel seyn. *G.*

Digitized by Google

das ältere Statut, und nun Zinsenforderungen aus dem ältern und neuern Recht concuriren. Auch in diesem Nothfall ist die Anwendung des neuen Rechts ein gerechtes Auskunftsmittel [44]).

§. 24.

Obige Principien sind nun folgender königlich-württemberger gesetzlichen Verordnung vom 12ten Sept. 1814 zum Grund gelegt worden:

Friderich,

von Gottes Gnaden, König von Württemberg ꝛc. ꝛc.

Wir haben durch frühere Verordnungen Unsere allerhöchste Willensmeinung zu erkennen gegeben, daß mit dem 1. Januar

---

44) Wenn also z. B. das württemberg. Landrecht alle Zinsen, privil. Forderungen, mit und neben dem Capital locirt, das hohenloher Landrecht aber nicht so, und nach eingeführtem württemb. Landrecht in einem entstandenen Gant Zinsenforderungen jener Art zusammentreffen, deren Grundstöcke resp. unter dem württemb. Landrecht und resp. unter dem hohenloher Landrecht ihren Ursprung nahmen, so sind diese collidirenden Zinsen alle mit und neben ihrem Capital zu lociren. Gewinnt der Neuwürttemberger dabei, so kann sich der Altwürttemberger darüber nicht beschweren; denn nach seinem angebornen Gesetz konnte er nie anders erwarten, als daß von allen privilegirten Capitalien auch die Zinsen ihm vorgehen werden b).

b) Auch hier mögten ganz andere Resultate der eigenen, und gewiss gerechten, Hauptprincipien des würdigen Herrn Verfassers sich ergeben. Der Altwürttemberger dachte und handelte nur in der Sphäre seines Landesrechts und liesse sich zwar zum Voraus *solche* Concurrenten gefallen, welche aus dem nämlichen Gesetz ein Recht auf Zinsen erwarben, nicht aber dachte er sich *zur Concurrenz ursprünglich nicht berechtigte* Mitgläubiger als Concurrenten. Und diese Gläubiger nach einem ältern Recht konnten *nur soviel* erwarten, als *ihr* angebornes Recht ihnen zum Voraus zusicherte. Hiernach ist wohl auch die Location *möglich*.

D. Red. d. Arch. f. C. Pr.

Digitized by Google

des Jahrs 1807., und in den später erworbenen Landestheilen, von der Zeit der Einführung des Württembergischen Rechts in denselben, sämmtliche statutarische Gesetze der mit Unserem Königreiche zu einem Ganzen vereinigten vormaligen Territorien und Gebiete ihre verbindende Kraft verlieren, und von obgedachtem Zeitpunkte an die Alt-Württembergischen Gesetze als allgemein geltendes Recht angesehen werden sollen.

Dabei konnte jedoch Unsere allerhöchste Absicht nie dahin gehen, diesen Gesetzen eine rückwirkende Kraft beizulegen und sie, zum Nachtheile bereits unter der Herrschaft der vormaligen Gesetzgebung wohlerworbener Rechte Unserer Unterthanen, in den neu acquirirten Landen anwenden zu lassen.

Gleichwohl ist aus vielen zur Kenntniß Unserer höheren Justiz-Stellen gekommenen That-Sachen zu entnehmen gewesen, daß in Rücksicht der Anwendung des Württembergischen Rechts auf frühere Fälle mancherlei Ungleichheiten in der Ansicht und Behandlungsart vorgekommen, auch noch jetzt vorhanden sind, und Wir finden Uns daher bewogen, über diesen Gegenstand folgende allgemeine und auf einige der häufigeren Fälle angewandten Vorschriften zu ertheilen, nach welchen sich, jedoch ohne daß deshalb bereits völlig erledigte Rechts-Geschäfte und Angelegenheiten einer neuern Verhandlung unterzogen werden dürfen, sowohl Unsere Justiz- und andere Stellen, als überhaupt Unsere Unterthanen pünktlich zu achten haben.

§. 1. Die Rückwirkung der Württembergischen Gesetze wird nicht nur bei solchen früheren Handlungen ausgeschlossen, welche vor der Einführung derselben als gänzlich abgethan und geschlossen anzusehen sind, sondern auch bei denjenigen, deren Folgen nach jener Einführung noch fortdauern, in so ferne nähmlich der durch das neu eingeführte Gesetz Verpflichtete, vermöge des früheren Geschäftes, ein früheres Recht erwarb, das ihn zu Handlungen oder Ansprüchen nach der Bekanntmachung der Württembergischen Gesetzgebung veranlaßte, die mit den Normen dieser letzteren nicht übereinstimmen.

§. 2. Rechte der Unterthanen, die unmittelbar und rein

Digitized by Google

aus dem Gesetze entspringen, z. B. die gesetzlichen besondern Rechte gewisser Stände, Personen und Sachen, aus denen blos die Möglichkeit eines Privat-Rechts-Erwerbs entstehet, ohne daß noch der Unterthan durch eine rechtliche Handlung das Gesetz auf sich angewendet hat, gehören nicht unter die wohlerworbenen Rechte. Es kann daher kein Unterthan verlangen, daß ein neues Gesetz nicht auf ihn angewendet werde, weil er unter dem alten Gesetz Vortheile genossen hatte, die noch nicht in sein Privat-Recht übergegangen waren, und die er nun durch das neue Gesetz verlieren soll.

§. 3. Die Handlungen, wodurch Jemand solche Privat-Rechte erwerben kann, welche der Anwendung des neuen Gesetzes im Wege stehen, dürfen keine anderen, als solche seyn, die das zur Zeit und an dem Ort der Begehung der Handlung geltende Gesetz als zu Erwerbung eines Privat-Rechts für tauglich erklärt hat.

§. 4. Nach dieser Rücksicht können die in Verträgen enthaltenen ausdrücklichen Verabredungen der Parthien, wenn jene nur nach der zur Zeit der Schliessung vorgeschriebenen Form eingegangen wurden, und diese keinem damahls geltenden befehlenden oder verbietenden Gesetze zuwider liefen, durch später bekannt gemachte Gesetze, in welchen der Gesetzgeber seinen Willen, daß das neue Gesetz zurückwirken soll, nicht erklärt hat, nicht mehr unkräftig gemacht werden.

§. 5. Aber auch in allen zwischen den contrahirenden Theilen nicht ausdrücklich verabredeten Punkten sind die Verträge nach ihrem Inhalt, und in Ansehung der daraus entstehenden rechtlichen Folgen, sowohl in Betreff ihrer Erfüllung, als ihrer Aufhebung, lediglich nach den zur Zeit des geschlossenen Contracts bestandenen Gesetzen zu beurtheilen; in so fern nicht von absolut befehlenden und verbietenden, sondern von solchen Gesetzen die Frage ist, deren Sanction nur in Ermanglung einer ausdrücklichen conventionellen Bestimmung eintritt, welche daher die Parthien in ihren Willen aufnehmen konnten, und dadurch,

Digitized by Google

daß sie nichts anders unter sich verabredeten, auch wirklich stillschweigend aufgenommen haben.

§. 6. Die vermöge privatrechtlicher Titel erworbenen Rechte hindern stets die Anwendung neuer jenen widersprechender Gesetze, ausser in solchen Fällen, wo die höchste Staats-Gewalt sich, der Erhaltung und des Wohls des Ganzen wegen, aus überwiegenden Gründen veranlaßt sieht, auch wohlerworbene Rechte hintanzusetzen.

Da aber das Daseyn eines solchen seltenen Falles nur vom Gesetzgeber, nie vom Richter, beurtheilt und ausgemittelt werden darf; so sollen die Gerichte nie aus vermeintlichen Gründen des Staats-Wohls nach eigenem Gutdünken, sondern nur alsdann neue Gesetze zurückwirken lassen, wenn der Gesetzgeber diese Rückwirkung auf wohlerworbene Rechte ausdrücklich befiehlt, oder wenigstens diese Absicht aus dem Inhalt und der Fassung des Gesetzes mit Gewißheit erhellt.

§. 7. Ein besonderer Grund zur Anwendung eines neuen Gesetzes auf die späteren Wirkungen eines früheren, unter einem andern Gesetz errichteten, Rechts-Geschäfts tritt alsdann ein, wenn verschiedene Rechts-Geschäfte, die in einem und demselben Rechts-Erkenntnisse z. B. einem Gant-Prioritäts-Urtheil, in Hinsicht des rechtlichen Vorzugs der aus ihnen entspringenden rechtlichen Forderungen beurtheilt werden müssen, und bei deren einem Rechte nach dem alten, bei dem andern Rechte aber nach dem neuen Gesetz erworben wurden, auf unvereinbare Weise und dergestalt collidiren, daß die gleichzeitige Anwendung von beiderlei Rechten schlechthin unmöglich ist *).

In solchen Fällen soll jederzeit das neue Gesetz für alle Rechts-Prätendenten Norm des richterlichen Urtheils seyn.

---

*) Zunächst ist also, nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes, die Möglichkeit nach Rechtsprincipien zu suchen; und sie wird wohl immer gefunden werden können. Vergl. Note a u. b. D. Redact.

Digitized by Google

§. 8. In Betreff des Erbrechts der Eheleute, welche in den neu erworbenen Landen vor Einführung der Württembergischen Gesetze ihre Ehe schlossen, geben die Erb-Verträge, oder testamentliche Verordnungen dieser Eheleute, sie mögen früher oder später errichtet worden seyn, Ziel und Maß.

§. 9. Wo keine besondere Anordnungen vorhanden sind, kann das Erbfolge-Recht solcher Eheleute, sowohl was die Güter-Gemeinschaft, als die statutarische Portion betrifft, im Falle der Trennung der Ehe nach eingeführtem Württembergischen Rechte, nicht anders, als nach dem Erbrechte, welches an dem Orte, wo sie bei Schließung der Ehe als Unterthanen und Bürger ihren festen Wohnsitz nahmen, und das zur Zeit dieser Schließung statt hatte, beurtheilt werden, es wäre denn, daß durch die ehemalige Gesetzgebung späterhin hierüber besondere Bestimmungen getroffen worden, welche alsdann anzuwenden sind.

§. 10. Bei Concursen, wo Collisionen der Statuten der vorigen Gebiethe, und der Württembergischen Gesetze vorkommen, haben die im Gant eingeklagte, auf ältere Rechts-Geschäfte sich beziehende Forderungen auch vor dem Württembergischen Gant-Gerichte volle Gültigkeit, wenn nur die Form der Rechts-Geschäfte, auf welche sie gebaut werden, nach der Zeit und dem Orte, wann und wo diese eingegangen worden, die gesetzliche gewesen ist.

§. 11. Es dürfen daher Hypotheken, um vor dem Württembergischen Gerichte als öffentlich anerkannt zu werden, nur die Form haben, welche für öffentliche Hypotheken, wäre es auch nur die Gemeinrechtliche, an dem Ort und zur Zeit ihrer Errichtung vorgeschrieben war.

§. 12. Die gantgerichtliche Erkenntniß über den materiellen Inhalt der aus früheren Rechts-Geschäften eingeklagten Forderungen, oder die Frage: was und wieviel gefordert werden dürfe? muß sich ganz nach dem Statute richten, das zur Zeit der Errichtung jenes Geschäftes geltend war.

§. 13. Wenn bei der Location im Concurs lauter Forderungen, die zur Zeit der Herrschaft des vorherigen Statuts contrahirt wurden, zusammen kommen; so wird jene ganz nach Vorschrift des vorigen Statuts gemacht. Concurriren hingegen Forderungen, die entweder unter verschiedenen der Württembergischen Herrschaft vorangegangenen Regierungen, oder die unter einer vorigen Regierung und seit der Herrschaft des Württembergischen Rechts contrahirt worden sind, so muß durchaus bei allen zu locirenden Forderungen die Württembergische Prioritäts-Ordnung beobachtet werden.

§. 14. Eben so verhält es sich mit den Zinsen, in soferne

einige Statuten die Zinsen ganz, oder einen Theil derselben, nicht an Eine Stelle mit dem Capitale setzen. Concurriren blos Forderungen aus der Zeit des alten Statuts, so werden alle Zinse blos nach diesem, hingegen bei der Concurrenz von Zinsforderungen aus der alten und dann aus der Württembergischen Rechts-Verfassung, werden sie ohne Unterschied der Forderungen in Eine Stelle mit den Capitalien gesetzt.

§. 15. Wenn unter der vorigen Verfassung Zinsen über 5 pro Cent erlaubt waren, so kann im Gant das Maß der rückständigen Zinse nur bis zur Einführung der Württembergischen Gesetze nach dem vorherigen Rechte berechnet von dieser Epoche an aber dürfen die Zinsen in Betreff der Quantität nur nach Masgabe des General-Rescripts vom 12. September 1798. zuerkannt werden.

Zusatz
zu dem §. 11. nr. 3. a. b. c. S. 163. f.

Aus Delicten und gleichsam aus einem Deliet wird ein Recht auf folgendem Weg erworben. Das Gesetz verbietet eine positive oder omissive Handlung, weil solche nachtheilig in den Privatrechtskreis anderer Mitbürger einwirkt, und bestimmt dabei: „wer eine solche schädliche Handlung mit freiem Willen verübe, der solle dadurch — re ipsa — die Zwangspflicht zur Entschädigung des Verletzten auf sich laden.“ Diese obligatio begreift nun zugleich ein ihr als Correlat correspondirendes Zwangsrecht des Beschädigten. Mit der unter der Herrschaft jenes Gesetzes unternommenen That und durch diese entstehet für den letzten ein Recht — er erwirbt es — gleichsam als hätte er mit allen Mitbürgern und Gesetzuntergebenen den allgemeinen Vertrag zum Voraus geschlossen: „wer jene verbotene, in meinen Privatrechtskreis schädlich einwirkende, Handlung als freies imputationsfähiges Subject unternimmt, setzt mich durch seine eigene That, mit dem Augenblick des von ihm hervorgebrachten physischen Ereignisses, in den Erwerb eines gegen ihn und alle, welche seine That gewähren müssen, wirksamen Privatrechts.“ Hiermit vergleiche man auch die Note 16. S. 161 ff. So erwirbt man ein vom Gesetz nur möglich gemachtes Recht resp. durch eigene, oder durch einen Repräsentanten vollzogene, Rechtshandlung, resp. aber auch durch die resp. erlaubte u. resp. verbotene freie Handlung eines dritten, dadurch sich vollkommen verpflichtenden, Subjects, ohne alle eigene Concurrenz bei jener fremden Handlung, und ohne von dieser in dem Augenblick ihres Existentwerdens Kenntniß zu haben.

Digitized by Google

XIII.

Ueber die Compensation einer Forderung auf Rechnungs-Ablage mit einer Geldforderung.

Von dem
Professor der Rechte Dr. Seuffert zu Würzburg.

Es hat Gensler neuerdings [1]) gegen die in den Heidelberger Rechtsgutachten und Entscheidungen [2]) ausgeführte Meinung behauptet: „es lasse sich nicht einsehen, warum im ordentlichen Processe einer Geldforderung nicht eine solche Geldforderung compensando gegenüber gestellt werden dürfe, deren Quantum erst durch Berechnung gefunden werden muß.“

Gensler scheint hier bei Rechtfertigung seiner Ansicht als ausgemacht vorauszusetzen, „daß bei einer Forderung auf Rechnungsablage der Anspruch auf Herausgabe des berechneten residuum die alleinige Hauptsache sey, dagegen die Berechnung selbst nur als Nebensache, nur secundär als Mittel zum Zwecke, verfolgt werde.“ Offenbar kann seine Ansicht auch nur insofern die richtige seyn, als diese Voraussetzung rechtlich begründet ist. Denn erscheint die in faciendo bestehende Berechnung als ein Hauptgegenstand der geforderten Leistung, so sind die Gegenstände der beiderseitigen Forderungen nicht von gleicher Art, eine Compensation kann daher unter ihnen nicht eintreten.

Ueber diese Vorfrage sind nun deutliche Bestimmungen in den römischen Gesetzen vorhanden, auf welche weder von Gensler, noch in den Heidelberger Rechtsgutachten, Rücksicht genommen ist.

1) In diesem Archive Band 2. S. 215 — 17.

2) Von Martin herausgegeben 1808. Nr. V. S. 272. ff.

Digitized by Google

Dahin gehört Ulpians Entscheidung in fr. 6. §. 7. de statuliberis:

„Si quis non dare decem, liber esse, sed rationibus redditis liber esse jussus sit, an ad emtorem haec conditio transeat, videamus. Et alias sciendum est, eas demum conditiones ad emtorem transire, quae sunt in dando; ceterum, quae sunt in faciendo, non transeunt; utputa si filium ejus litteras edocuerit; hae enim personis eorum cohaerent, quibus adscribantur. Rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliqua quidem attinet, in danda pecunia consistit, quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque et examinandas rationes, et in dispungendas atque exeutiendas, factum habet. Numquid ergo reliqua quidem et emtori dando perveniat ad libertatem, cetera in persona heredis consistant? Puto igitur, et ad emtorem reliquorum solutionem transmitti; sic fiet ut dividatur conditio; et ita Pomponius libro octavo ex Sabino scripsit.“

Denselben Fall der Freilassung eines Sklaven unter der Bedingung einer Rechnungsabla behandelt Callistratus in fr. 82. de cond. et demonstrat.

„Quid ergo continetur his verbis: si rationes reddiderit? Quidam hoc aiunt: si reliqua reddiderit [3]); — quasi nihil intersit, utrumque sub hac

3) Diese quidam betrachten allerdings die Herausgabe des residuum als die alleinige Hauptsache der Rechnungsablage. Aber diese Ansicht ist im Corpus juris nirgends geltend gemacht. Zwar beginnt das fr. 32. de condit. et dem. mit den Worten: Quamvis rationes reddere nihil aliud sit, quam reliqua solvere; — allein aus dem weiteren Inhalt des Fragments geht sprechend hervor, daß auch Africanus das eigentliche rationes reddere nicht als Nebensache ansieht. — Auch in fr. 81. waltet die abweichende Ansicht der quidam nur scheinbar vor. Paulus sagt zwar bei Zergliederung des

conditione: si reliqua, vel si hac: si rationes reddiderit. Sed nos neque conditionem meram putamus esse, quae in datione existit, neque meram conditionem, quae in facto sit; sed eam conditionem, quae ex mixtura quadam consistit. Nam non utique, si in folle reliqua obtulerit, liber erit; non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est, legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte. Ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam."

Nach beiden Stellen hat die Rechnungsablage als Rechtsobject eine gemischte Natur, indem die Verbindlichkeit weder allein auf eine datio, noch auf ein factum, sondern successiv auf beide Arten der Leistung geht. Keine dieser beiden Leistungen kann aber als die Hauptsache, so daß die andere nur als accessio in Betracht käme, angesehen werden. Das factum der Rechnungsstellung ist eben so gut Hauptgegenstand der Verbindlichkeit, als die endliche Ausantwortung des Activreceſſes. Dies bestätigt sich vorzüglich daraus, daß in dem Falle des aus Ulpians Werken entnommenen Fragmentes die verschiedenartigen Bestandtheile der die Rechnungsablage aus-

---

Falles: Stichus, dem sub conditione reddendarum rationum die Freiheit vermacht ist, scheine, wenn er früher bereits alles eingenommen, überliefert, oder sonst verausgabt habe, pure manumissus; — aber die entscheidenden Worte: „Sed non in eleganter illud dicetur etc. sprechen, ohne zu unterscheiden, ob der Sklave pariator oder reliquator sey, ganz allgemein aus: Stichum sub conditione manumissum, d. h. mag er noch im Rückstande seyn oder nicht, so muß er, wenn er frei werden will, noch vollständige Rechnung stellen. — Mit Ulpian und Callistratus in offenbarem Einklange äußert sich Pomponius fr. 8. §. 5. de liberat. leg. „Is, qui reddere rationes jussus sit, non videtur satisfacere, si reliquum reddat, non reditis rationibus."

machenden Leistung von einander getrennt, und an verschiedene Berechtigte entrichtet werden sollen. Stünden sie in dem Verhältnisse von Haupt- und Nebensache, so könnte diese Trennung nicht wohl eintreten. — Ihr Verhältniß zu einander characterisirt sich vielmehr durch die successive Erfüllung. Incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. Nicht die allein hauptsächliche, aber wohl die vorgängige, vor der andern zu machende Leistung ist die Erfüllung des faciendum; und erst wenn das zu leistende factum vollkommen berichtiget und erlediget ist, (si rationes sunt examinatae, dispunctae et excussae) kann der andere Theil der Erfüllung, die datio pecuniae, gefordert werden, und mit dem Effecte der gänzlichen Befreiung von der obligatio der Rechnungsablage vor sich gehen. Denn nun erst ist das zu zahlende residuum in rechtlich fester quantitativer Bestimmung bekannt geworden.

Erwägt man hierzu noch, daß die Rechnungsablage nur in so fern zu einer datio pecuniae führe, als sich aus ihr ein in den Händen des Rechnungsstellers befindliches residuum ergiebt, daß nicht selten der Berechtigte nach Ausweis der Rechnung noch darauf legen muß, so muß man zugeben, daß die dargelegte Ansicht der römischen Juristen auch in der Natur der Sache gegründet sey.

Ist nun bei der Rechnungsablage als Quelle einer Forderung der in einem facere bestehende Theil der Leistung nicht Neben- sondern eben so gut Hauptsache, als die endliche Ausantwortung des residuum, und muß jenes erste Hauptfactum voran erlediget seyn, ehe nach rechtlicher Ordnung von dem dare die Rede seyn kann; so muß man allerdings mit dem Heidelberger Rechtsgutachten behaupten: daß auch im ordentlichen Processe einer Geldforderung eine andere, deren Quantum erst durch eine Rechnungsablage des Klägers gefunden werden muß, deshalb zur Compensation nicht entgegen gestellt werden kann, weil die Compensation nur zwischen Forderungen auf Gegenstände gleicher Art statt findet.

Digitized by Google

XIV.

1) Nähere Entwickelung der als Rechtsprincip aufgestellten Behauptung: einer Geldforderung könne auch eine solche Geldforderung zur Compensation gegen über gestellt werden, deren Quantum erst in dem Resultat einer schuldigen Rechnung sich finden lasse *).

2) An welcher Stelle in dem Gange des ordentlichen Processes kann und muß jene Einrede vorgeschützt werden? —

Von Gensler.

§. 1.

Von dem verehrl. Verfasser des vorstehenden Aufsatzes [1]) ausdrücklich aufgefordert, meine Ansicht des aus L. 6. §. 7. Dig. de statuliberis und aus L. 82. Dig. de condit. et demonstrat. von ihm gezogenen Einwandes gegen das obige Princip diesen Ortes zu eröffnen, bemerke ich zuvörderst, daß mir der Inhalt jener Fragmente zwar nicht unbekannt war, dennoch aber nicht einmal der Gedanke in mir sich regte, dort lasse sich ein Zweifelsgrund gegen das von mir aufgestellte doctrinelle Princip erfinden. Ich weiß nicht, ob der angezogene Heidelberger Rechtsspruch auf jene Gesetze gegründet ist und, wenn es der Fall war, warum man sie in den Gründen nicht andeutete [2]); allein davon finde ich mich überzeugt, daß eben

*) S. d. Archiv B. II. nr. XVII. S. 215 f.

1) d. Archiv B. III. nr. XIII. S. 195 f.

2) Als Beispiel mag es dienen, daß es nicht wohlgethan ist, wann die Verfasser öffentlicher Rechtssprüche karg mit dem Anziehen solcher Gesetze sind, welche außer dem Gebiet trivialer Rechtsprincipien liegen. Ihre Meinung gilt nicht als Gesetz, und das Verschweigen der Gesetze, aus welchen sie entschieden, hat die Natur einer heimlichen Justizpflege.

Digitized by Google

jener Rechtsspruch desto weniger den Gesetzen entspricht, wenn er aus der L. 6. §. 7. D. 40. 7. und L. 82. D. 35. 1. abgeleitet seyn sollte.

§. 2.

Diese Gesetze gehören nämlich lediglich in das Gebiet bedingter Vermächtnisse der Freiheit, und haben mit dem gerichtlichen Proceß gar nichts zu schaffen. Wurde dem verwaltenden Sclaven die Freiheit unter der Bedingung legirt, „daß er vor der Manumission erst Rechnung ablegen solle,“ so hatte dieses zugleich auch den Nebenzweck einer Ueberzeugung, daß er jener Liberalität des Testators nicht unwerth sey, oder daß wenigstens das Legat der Freiheit ihm nicht auch möglich mache, den Erben noch über dieses zu vervortheilen. In Bezug hierauf spricht Pomponius: Qui sub conditione rationum reddendarum liber esse jussus est, docere debet, constare fidem omnibus, quae ab eo gesta sunt, ut neque subtraxerit quid ex his, quae acceperit, neque expensum rationibus praescripserit, quod non dederat [3]).

Mit dieser Bedingung war dann eine zweite, und zwar die eigentliche Hauptbedingung, stillschweigend verbunden, nämlich, „daß er dem Erben auch den sich ergebenden Ueberschuß zahle [4]).“ So fährt Pomponius fort: Sed et quod reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, solvere debet; neque enim aliter liber esse potest, quam si hoc modo conditioni, sub qua data est libertas, satisfecerit [5]). Fande sich kein Rest, so war die Hauptbedingung der Zahlung von selbst erfüllt, oder vielmehr als nicht vorhanden anzusehen — die gestellte und für richtig befundene Rechnung purificirte sofort das Legat der Freiheit. Dort- und davon spricht Paulus: Libertate data, si rationes reddiderit, hanc conditionum rationum reddendarum, ut jussus videatur, reliqua reddere, si qua habet, cum fide actus sui; quae si nulla

3) L. 111. Dig. 35. 1.

4) Daß dieses die Hauptbedingung war, ist deshalb anzunehmen, weil kein Gesetz spricht, „werde der statuliber als untreu befunden, so solle er als indignus die Freiheit nicht erhalten,“ vielmehr er auch dann, nach geleistetem vollen Ersatz, frei wurde. L. 40. D. 40. 7. L. 41. §. 11. D. 40. 5. Insoferne war auch hier das Ablegen der Rechnung mehr Mittel zum Hauptzweck, als eine selbstständige Hauptsache.

5) L. all. 111. Dig. 35. 1.

Digitized by Google

sunt, pure accepisse libertatem rel. [6]). — Desgleichen Gajus: Si servo sub conditione rationum editarum legatum sit, per eam conditionem eum jussum esse legatum accipere, ut pecuniam reliquorum reddat, non dubitatur; worauf er dann auch den Rechtssatz ausspricht: findet sich kein Rechnungsrest, so ist die Freiheit purificirt [7]).

§. 3.

Ein ganz anderer Fall war, wann dem mit der Freiheit letztwillig bedachten Sclaven nur das Geben einer bestimmten Summe an den Erben, oder einen Legatar, oder an einen Dritten, zur Bedingung des Ueberganges in den Zustand der Freiheit gemacht wird — si principaliter pro sua libertate pecuniam dare jubetur [8]).

Bediente sich der Testator der Worte: „si reliqua reddiderit," so war dieses natürlich eben so viel, als hätte er gesagt: si rationes reddiderit; denn die reliqua konnten ihre Bestimmung erst durch das Resultat einer Berechnung erhalten — das Mittel zum Zweck sprach sich von selbst aus. Darinnen waren die römischen Rechtsgelehrten an sich gewiß einig [9]); nur bemerkte dabei Callistratus [10]): man dürfe dabei doch nicht übersehen, daß beides, die Ablegung der Rechnung und das Zahlen des Recesses, doch auch als getrennte Thatbandlungen aufzufassen seyen, welche eine doppelte oder gemischte, theils in faciendo, theils in dando bestehende, Bedingung in sich enthielten.

Sprach dingegen der Testator weder: „si rationes reddiderit," noch: „si reliqua reddiderit," sondern nur „si decem dederit liber esto," so war mit dieser Zahlung allein die Freiheit bedingt und sofort erworben. Ein solcher Freiheits-Legatar durfte sogar die Summe der Bedingung ex suo peculio dare, welches dann ihm nicht erlaubt war, wann die legirte Freiheit davon abhängig gemacht worden war: si rationes vel si reliqua reddiderit [11]).

---

6) L. 81. Dig. 35. 1.

7) L. 31. Dig. 40. 7. Vergl. a. L. 34. §. 1. Dig. 40. 7.

8) Gajus, in fine leg. cit. 31. D. 40. 7.

9) Eine Mehrzahl von Gesetzen sprechen dieses aus. Man überlese nur die ganzen Pandecten-Titel 35. 1. u. 40. 7.

10) L. 82. Dig. 35. 1.

11) Gajus, in leg. cit. 31. D. 40. 7. Ulpianus, in leg. 3. huj. tit.

Digitized by Google

Jenes Legat, „si decem dederit“, war also weit günstiger — selbst angenommen, der unter dieser Bedingung für frei erklärte Sclave hatte Rechenschaft über die Verwaltung eines peculii u. d. gl. abzulegen, so würde doch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit [12]) den Eintritt seiner Freiheit nicht aufgeschoben haben, weil diese nicht dormit, sondern nur mit einem dare bedingt war.

§. 4.

In der L. 6. D. de statuliberis wirft nun Ulpian §§. 3. 4. 5. u. 6. seinen Blick zunächst auf jenes dem Sclaven mehr günstige Legat: si decem dederit liber esto, und macht unter andern bemerklich, daß und inwieferne diese Leistung auch an den Käufer der Erbmasse mit Wirkung geschehen könne u. s. w. Dann wendet er sich §. 7. zu dem so bedingten Legat: si rationibus redditis liber esse jussus sit servus, und setzt dabei eines Theils als gewiß voraus, daß die Worte: si rationes reddiderit, auch die Worte: et reliqua solverit, in sich schließen, andern Theils aber ist er mit Callistratus in Leg. 82. Dig. de cond. et demonstrationib. einstimmig, daß eine gemischte oder doppelte, resp. in faciendo, resp. in dando bestehende, Bedingung in eben jenen Worten enthalten sey. Und hierbei nun giebt er die Principien für den Fall an: wenn vor Erfüllung beider Bedingungen der Erbe die Erbmasse verkauft. Er trennt hier beide Conditionen und lehrt: das facere muß dem verkaufenden Erben geleistet werden, das dare aber geschiehet an den Käufer. Das Grundprincip hierbei ist: „streng- und reinpersönliche Rechts- und Verbindlichkeits-Verhältnisse zwischen dem Erben als solchem und dem Legatar lassen sich weder activ noch passiv auf einen Käufer fortpflanzen [13])“ — und die Ablegung der Rechnung, dieses facere, gehört dorthin. Durch den Verkauf der Erbmasse wird nämlich die Qualität des Erben nicht aufgelöset, oder fortgepflanzt [14]); die Rechnung war ursprünglich dem Erblasser zu stellen, und es liegt auch zum Theil

---

12) d. h. redliche und vollständige Erfüllung aus erlaubter Quelle, L. 3. §. 5. 8. et 9. L. 17. Dig. 40. 7.

13) Haec enim personis eorum cohaerent. L. 6. §. 7. cit. D. 40. 7. Von dem nämlichen Gesichtspunct aus, wenn auch nicht unmittelbar hierher gehörig, unterscheidet auch Justinian selbst das facere und dare, jedoch mit der Bestimmung, daß das erste nicht durchgängig reinpersönlich sey. L. un. §. 9. Cod. de caducis tollendis.

14) z. B. L. 88. Dig. 28. 5.

Digitized by Google

in dem Zweck jenes Freiheits-Legats, in dem Sinne der letztwilligen Verordnung, daß der Legatar den Beweis seiner treuen Verwaltung und seiner Treue gegen die Person der Dienstherrschaft deren Repräsentanten vorlege [15]). Aber gewiß konnte selbst der Sclave auf jenes persönliche Verhältniß sich berufen, wollte der Käufer der Erbschaft sich selbst die Rechnung abgelegt wissen [16]). So kommt denn Ulpian mit Pomponius und Sabinus zu dem Resultat: „will der Sclave in die bedingt legirte Freiheit eintreten, so muß er erst dem Erben Rechnung stellen, und dann ist diese justificirt, an den Erbschafts-Käufer das residuum zahlen" — und so läßt sich freilich jenes faciendum als ein von dem Legatar voran zu prästirendes besonderes factum auffassen.

§. 5.

Was soll nun aber dieses, und alles andere, was der Pandectentitel: de conditionibus et demonstrationibus und de statuliberis enthalten, in der Lehre von dem processualischen Gebrauch der exceptio compensationis? Welcher Sprung aus dem Rechtsgebiet bedingter Legate, und aus den gesetzlichen Normen, „wie und wann jene Bedingungen zu erklären und zu erfüllen sind," in das Gebiet des Beweises zerstöhrender Einreden! Hier hat der damit sich schützende Beklagte außer dem Beweis der Wahrheit seiner Einrede weder etwas zu leisten, noch zu geben. Die Herstellung jenes Beweises ist zwar, den Beweis der Klage vorausgesetzt, eine conditio tacita der Wirksamkeit seiner Einrede; allein der Vollzug dieser Bedingung hat seine eigenen Rechtsprincipien — die Beweislehre. Schützt der Beklagte exceptionem compensationis vor und beziehet sich dabei auf eine vom Kläger ihm schuldige Berechnung, so hat letztere lediglich und allein die Natur eines Beweismittels, und die Grundsätze von der Edition der Urkunden, nicht aber die von der Erfüllung der Bedingung eines Legats, kommen zur Anwendung. Was in dem Gebiet der letztwilligen Conditionen als ein besonderes bedingendes Factum erscheint, ist es deshalb nicht auch auf dem Wege zur richterlichen Ueberzeugung, der Kläger habe kein Klagrecht. Die von dem Kläger zwangspflichtig dem Be-

---

15) Nam quod ipse vivus (testator) facturus erat, ab heredibus suis fieri jussisse intelligitur. L. 82. cit. Dig. 35. 1.

16) Dieses liegt ebenfalls in der L. 6. §. 7. cit. verb. Et alias sciendum est, eas demum conditiones ad emptorem transire rel. Vergl. a. L. un. §. 9. Cod. de caducis tollendis. Auch ist es ein geringeres onus, dem Dienstherrn Rechnung abzulegen, als einem Dritten.

Digitized by Google

klagten über das Resultat einer für diesen geführten Verwaltung zu stellende Rechnung ist — wie gesagt — blos eine Beweisurkunde, und zwar ein, wenn nicht dem Beklagten ausschließlich, wenigstens beiden gemeinschaftlich zugehöriges Document, welches, im Gefolge der gesetzlichen Obliegenheiten einer Verwaltung, als Theil von dieser entstehet und vorhanden seyn soll, nicht aber als ein von der Verwaltung verschiedenes Rechtsgeschäft sich ansehen läßt. Zunächst stimme ich einer frühern Abhandlung [17]) und der in dieser aufgestellten Ansicht bei, „daß die Const. 14. Cod. 4. 31. eine falsche Quelle für Principien des teutschen ordentlichen Processes ist," und rechtfertige die dortige beschränkende Auslegung noch mehr mit der gesetzlichen, eines Beleges kaum bedürfenden, Wahrheit, daß auch der römische Proceß einen Beweis der exceptio compensationis auf dem allgemeinen, allen Beweisführern offenstehenden, Weg nicht ausschloße, wurde sie nicht erst da vorgebracht, wo der Rechtsstreit zu seinem Ende sich neigte. Gegründet spricht der Verfasser der angezogenen Abhandlung: „in der Natur jener Einrede liegt kein Grund, ihren Beweis im Gange des Processes mehr zu beengen, als den der übrigen zerstörenden Einreden — sie könnte vielmehr als stärker begünstiget angesehen werden, weil, ist sie gegründet, die geklagte Forderung ipso jure mit dem Augenblick der Existenz einer Gegenforderung erloschen ist, und weil die Gesetze im Allgemeinen nicht wollen, diese solle durch einen zweiten Proceß, mittelst einer condictio indebiti, realisirt werden [18])." Und wirklich leuchtet jener Geist der Gesetze auch daraus hervor, daß sie mit ihr in eigenen Abschnitten vielfach sich beschäftigen [19]), und selbst gegen den Fiscus sie gestatten, insofern von dessen auch processualisch besonders privilegirten Forderungen die Rede nicht ist [20]). Aber auch aus speciellen Gesetzen ergiebt sich obiges klar genug. Es spricht z. B. ein Gesetz: neque scriptura qua cautum est accepta, quae negas, tradita, obligare te contra fidem veritas potuit, et compensationis aequitatem jure postulas. *Non enim*

17) In diesem Archiv B. 2. nr. XVII. S. 210. f.

18) Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. L. 3. D. 16. 2.

19) Tit. Dig. et Cod. de compensationibus.

20) L. 24. Dig. 16. 2. L. 3 — 7. Cod. 4. 31. L. 46. §. 5. D. 49. 14.

Digitized by Google

prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitori mutuae responsum fuerit (el. [21]). Wollte man unter petitio mutua eine Widerklage verstehen (was hier nicht geschehen kann,) so würde sich das obige Princip nur noch mehr bestätigen: denn es wäre doch sonderbar, der reconventio eine stärkere Aufschiebekraft beizulegen, als einer zur Vertheidigung vorgetragenen peremtorischen Einrede. Und wenn bald darauf verordnet stehet: si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, cum id, quod a matre tua ei legatum est, a te petere coeperit, mutuo debitae quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies [22]), so könnte man dortbey sogar eine von dem Stiefvater über den Betrag der percipirten Früchte sich denken; allein sollten diesem auch die Worte: debitor tibi constitutus est, entgegen stehen, so zeigen doch beide Gesetze auf den Weg des ordentlichen Beweises hin — insonderheit die Schlußworte des ersten: eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris [23]). Das konnte aber doch wohl eine Beweisführung veranlassen, welche in ein weites Feld führte. Dem sey es, wie es wolle — genug daß nach dem einheimischen und nach den Hülfs-Gesetzen die Einrede der Compensation in dem feierlichen oder in dem ordentlichen summarischen Proceß auch der ordentliche Beweisgang offen stehet, und daß also dem Excipienten auch kein ordentliches Beweismittel abgeschnitten ist, wäre auch der Weg zum Beweisgrund noch so lang und mühsam!

§. 6.

Mit diesem Blick wende man sich nun zu denjenigen Gesetzen, welche der vorliegenden Rechtsfrage noch näher angehören. Non est novum, eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides rei constare possit, spricht das eine [24]), und ein nachfolgendes: justum est desiderium ejus, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis ex-

---

21) L. 6. Cod. 4. 31.

22) L. 8. Cod. 4. 31.

23) Daß beide Gesetze kais. Rescripte auf einzelne Anfragen sind, thut dem in ihnen ausgesprochenen allgemeinen Rechtsprincip und dessen Anwendung auf alle gleiche Fälle gewiß keinen Abbruch.

24) L. 5. Cod. de edendo. 2. 1.

Digitized by Google

hibitis constet, quantum sub nomine suo solulutum sit [25]). In beiden Gesetzen liegt zuerst das allgemeine Princip: „der Beklagte kann zu seinem Vertheidigungs-Beweis auch von dem Kläger, wäre dieser sogar der Fiscus, die Herausgabe dortzu dienlicher Urkunden, namentlich vorhandener, das streitige Rechtsverhältniß betreffender, Rechnungen verlangen.“ Ich glaube nun zwar nicht, daß hiermit der fast von allen aufgestellte Rechtssatz ausgesprochen seyn solle: „der Beklagte habe jene Befugniß allgemein, gleichviel er bezwecke einen directen [26]) oder indirecten [27]) Gegenbeweis;“ ich bin vielmehr der Meinung [28]), daß auch hier die Rechte der Parteien sich gleich sind, und daß der Beklagte, insofern und so oft die Lasten eines Klägers ihn treffen sollen [29]), auch die Gesetze ihm entgegen stehen, welche dem Kläger, als solchem, das Recht absprechen [30]), Urkunden-Edition von seinem Gegner zu verlangen, und daß hingegen selbst dem Kläger diese Befugniß gebührt, insoweit er in die Lage eines Beklagten eintritt [31]); — allein dieses auch als die richtige Lehre vorausgesetzt, und demnach angenommen, der Kläger sey nicht verbunden, dem Beklagten ein von diesem zum Behuf des Beweises seiner mit selbstständigen besonderen Thatsachen begründeten peremtorischen Einrede verlangtes Document herauszugeben, tritt dennoch hier das zweite selbstständige Rechtsprincip hervor: „daß sobald einem streitenden Theil, sey solcher Kläger oder Beklagter, sey er als dieser oder als jener zu beurtheilen, Eigenthums- oder Miteigenthums-Rechte an dem ihm dienlichen

25) L. 6. Cod. ej. tit. 2. 1. Vergl. a. L. 4. Cod. 4. 31.

26) d. h. das reine Nichtwahr der der Klage zum Grund gelegten Thatsachen.

27) d. h. das Wahr der einer zerstöhrenden Einrede zum Grund gelegten, von dem facto der Klage verschiedenen Thatsachen.

28) Mit Schweitzer, in dem Lehrb. des sächs. bürgerl. Processes. Thl. 1. §. 38. Not. 76. S. 79. ff.

29) Excipiendo fit actor — die peremtorischen Einreden sind ein Gegenangriff. L. 1. Dig. 44. 1.

30) L. 4. et 8. Cod. de edendo. Die in dem letzten Gesetz erwähnte exceptio doli kann die eigene Thatsache der Klage zum Grund und Gegenstand haben, und der Schluß spricht von einer dem Kläger nicht schuldigen und nicht zugehörigen Berechnung.

31) Z. B. im directen Gegenbeweis wider die peremtorische Einrede.

Digitized by Google

Beweismittel zustehen, er aus diesem Grund vollberechtiget ist, die Herausgabe der seinem Gegner noch so nachtheiligen Urkunde von diesem zu fordern“ [32]). Und was wäre denn die Rechnung, welche der Kläger den Beklagten zustellen und vorzulegen zwangspflichtig ist, anders, als eine Urkunde, die dem Beklagten, wo nicht allein eigenthümlich, doch gewiß als gemeinschaftliches Eigenthum zugehört? Man denke nur an den rechnungspflichtigen Tutor, Geschäftsführer, Mandatar u. dgl. Angedeutet wurde bereits, daß die Rechnung ein Theil des über- oder unternommenen Rechtsgeschäftes selbst ist [33]), daß sie mit und in diesem entstehen und sich ausbilden, nicht aber erst nach vollendetem Geschäft, oder in der Folge, geschaffen werden soll, als ein besonderes faciendum — und daß also die vom Beklagten zum gedachten Zweck geforderte Herausgabe nichts weniger als die Natur eines solchen vom Kläger zu prästirenden facti hat, mit welchem der Beklagte seine excipirte, die Klage zerstörende, Gegenforderung aufrechnen — compensiren wolle. Wirklich eine solche Darstellung wäre keine römische Feinheit, sondern eine auffallende Verwechselung und Mischung heterogener Rechtsverhältnisse!

So habe ich also in dem kurzen Zusatz zu einer für diese Zeitschrift eingesendeten Abhandlung über den Gebrauch und Beweis der exceptio compensationis im Proceß wohl mit Grund stillschweigend voraussetzen dürfen: die Berechnung sey dort nur Mittel zum Zweck — nur Beweismittel — gerade so, wie bei jeder Urkunden-Edition. Ob der Beklagte die Herausgabe eines Testaments, Kaufbriefs u. dgl., oder die Edition einer, gefertigten oder ungefertigten, jedoch pflichtreifen, Rechnung verlangt, um daraus nachzuweisen, daß und wieviel ihm der Kläger als eine compensable Gegenforderung schuldig sey, ist überall gleichviel. Niemanden aber kann der Gedanke einfallen, jenes Testament, oder jener Kaufbrief, oder vielmehr deren Edition, sey ein factum, welches der Beklagte zur Compensation benützen wolle, und welches der Kläger deshalb verweigern könne, weil das faciendum mit dem dando sich nicht compensiren lasse. Uebrigens will ich nicht weitläufiger ausführen, daß jedes Recht, welches agendo wirksam gemacht

---

32) L. 4. Cod. 2. 1. verb. alienorum instrumentorum. L. 7. huj. tit. L. 5. D. 10. 2.

33) Eben daher wird sie mit dem nämlichen Klagrecht und durch dieses gefordert, welches die actio oder exceptio selbst begründet. L. 9. pr. Dig. 2. 13.

Digitized by Google

werden darf, noch mehr excipiendo, bis zur Gränze dieser Vertheidigung [34]), sich verfolgen läßt [35]), und daß wenn der Beklagte mit der Klage hervorzutreten befugt wäre, „der Kläger (diesen als Beklagten gedacht) solle ihm über ein geführtes bestimmtes Rechtsgeschäft [36]) Rechnung stellen und dann den Ueberschuß herauszahlen," er eben so gut und noch gewisser auch als angegriffener Theil excipiren darf: „aus jener Rechnung habe er eine Gegenforderung an den Kläger, und dieser möge angehalten werden, die schuldige Rechnung heraus zu geben." Denn die generelle Regel: „der Kläger kann nicht verurtheilt werden," ist nur auf die Hauptsache zu beschränken, nicht aber auf Nebenpunkte [37]) auszudehnen, und — wiederholt sey nur noch dieses — so wie es Klagen giebt, deren Object erst in dem Resultat einer zunächst dem Beklagten selbst ex jure obliegenden Thätigkeit eine feste Bestimmung erhalten kann, so muß es auch dergleichen Einreden geben; man könnte und wollte denn den Zuruf der Gesetze streichen: cui damus actiones eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit [38]).

§. 7.

Ergiebt sich kein residuum der excipiendo zum Zweck der Compensation geforderten und herausgegebenen Rechnung, — nun — so hat der Beklagte nicht bewiesen, was er beweisen sollen und wollen, und es treffen ihn die vergeblich veranlaßten Proceßkosten — gerade so, wie wenn er durch andere Beweismittel irgend einer Art, mit oder ohne Editionsgesuch, den Beweis jener Einrede unternommen und nicht geführt hätte. Ergiebt sich aber ein Rechnungsrest, so sind die Bedingungen der Compensation gegeben — Geldschuld gegen gleichgroße Geldschuld löset sich auf. Verneint der Kläger das vom Beklagten behauptete Rechtsgeschäft, mit welchem die Gesetze die Verbindlichkeit einer Rechnungsführung verbinden, so wird dem Beklagten der Beweis des Seyns jenes Rechtsgeschäft aufgelegt und, ist er gelungen, nur erkannt: „der Kläger ist schuldig, die Rechnung herauszugeben, worauf so-

34) d. h. zum Zweck der Entbindung von der Klage.

35) Das Recht an sich kann agendo und excipiendo verfolgt und realisirt werden — die Einreden sind auch Rechtsverfolgungsmittel.

36) Z. B. als Socius u. d. gl. L. all. 9. pr. Dig. 2. 13.

37) Zu diesen gehört die Urkunden-Edition im Beweisverfahren.

38) L. 156. §. 1. Dig. 50. 17. L. 1. §. 4. in fine Dig. 43. 18.

dann wegen der Compensation weiter ergehet, was den Rechten gemäß ist." Kann der Beklagte jenen Beweis nicht führen, so erlediget sich die exceptio compensationis natürlich von selbst als unstatthaft. Von selbst versiehet sich auch hier überall, daß die Einrede an der legalen Stelle im Proceß vorgeschützt worden sey. Insoferne ist sie am wenigsten nach den Principien des teutschen Processes privilegirt. Hier muß sie der Einlassung auf die Klage sofort angehängt, oder als noviter reperta gerechtfertiget, oder eine andere gesetzliche causa restitutionis in integrum an- und ausgeführt werden [39]). Darauf hingesehen ist der teutsche Proceß fester geregelter und strenger, als der Römische in der C. 14. Cod. de compensationibus. Jede dem Beklagten zur Zeit der Litiscontestation bekannte solcher aber nicht angehängte zerstöhrende Einrede ist für diesen ganzen Rechtsstreit, vermöge stillschweigenden Verzichts auf ihren dermaligen Gebrauch, versäumt [40]). Als nachgeschleppt wird sie aus diesem Grund des Versäumnisses zurückgewiesen, nicht aber deshalb, weil ihr Beweis nicht liquida sondern multis ambagibus innodata sey.

Wird die exceptio compens. zu rechtserlaubter Zeit vorgeschützt, oder aus besondern Gründen gesetzlich erlaubt nachher noch vorgetragen, so kann eine schwierige Beweisführung ihren Gebrauch als Einrede um so weniger ausschließen, als ja selbst der Kläger über den verneinten Klaggrund eine schwierige Beweisführung — multis ambagibus innodatam probationem — auf dem Wege des ordentlichen Processes unternehmen darf. Sollte also über die herausgegebene Rechnung ein Incident-Streit entstehen — ein Rechnungsproceß [41]) — so macht auch dieses die exceptio compensationis nicht verwerflich, indem ja ein solcher Rechnungsproceß selbst zum Zweck, das Object der Klage [42]) festzustellen, sogar in der Executions-Instanz noch rechtsmöglich ist. Aber daß sie, wie andere soge-

---

39) Claproth, in dem ord. Proc. §. 141. ibi leg.

40) „Wie auch was er dabei (bei der Antwort auf die Klage) dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möge, alles auf einmahl, bei Strafe der Präclusion, einbringen," lauten die Worte des R. A. v. 1654. §. 37.

41) Z. B. der Beklagte verneint einzelne Ansätze der Ausgabe, behauptet, in der Einnahme fehlten bestimmte Summen u. d. gl.

42) Wenn nämlich der Kläger nach der Natur der Klage generell bitten und von dem Beklagten Rechnung fordern durfte.

Digitized by Google

nannte privilegirte Einreden, in der Executions-Instanz, ohne Behauptung und Bescheinigung, „sie sey noviter reperta,“ oder ohne restitutio in integrum ex causa legali, noch vorgeschützt werden könne, wenigstens unter der Bedingung eines schleunigen liquiden Beweises [43]), ist auch ein falsches, dem Zweck und Geist der einheimischen Gesetze widersprechendes Princip [44]). Einreden vorzuschützen oder hinwegzulassen, stehet nach der Verhandlungsmaxime zwar in der Willkühr des Beklagten; will er aber Gebrauch von ihnen machen, so muß er es zu der Zeit thun, wo die Gesetze ihm die Station ausdrücklich und unter dem Androhen des Rechtsnachtheils bezeichnen, daß sie sonst nicht beachtet werden sollen [45]). Diese Vorschrift ist allgemein, und das Ausnehmen solcher Einreden, welche nach den Hülfsrechten einen Vorzug im Proceßgang haben sollten, tritt mit dem Zweck jener teutschrechtlichen Vorschrift: „gleich im ersten Abschnitt des Processes sollen die gegenseitigen factischen, der Hauptsache angehörigen, Streitpunkte auf- und festgestellt werden,“ dergestalt in Widerspruch [46]), daß der teutsche Proceß nicht seyn könnte, was er seyn soll. Man kann daher nicht sagen, das römische und canonische Recht könne hierunter neben dem teutschen Proceßrecht bestehen. So lange die Proceß-Entwickelungs-Gesetze des röm. u. canon. Rechts mit denen der teutschen Gesetzgebung verknetet und verwechselt werden, verkennt, verzerrt, und höhnt man den Geist des so mannichfaltig gemißhandelten, selbst in Teutschland von so Wenigen verstandenen, teutschen Processes.

---

43) Claproth, a. a. O. §. 144. ibi all.

44) Vergl. Note 40.

45) Vergl. Note 40.

46) Gönner, in dem Handb. des t. Proc. B. 2. Abh. XXXIII. §. 11.

XV.

Rechtsfall, als Beitrag

1) zu der Lehre von der Streitgenossenschaft, deren Socialverhältniß, und daher einer möglichen verschiedenen Richtung im Beweisverfahren, so wie in dem Resultat des gemeinschaftlichen Rechtsstreits —

2) zu der Lehre von dem Grundsatz: „paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere non potest.“

Von dem
Professor Dr. Seuffert, zu Würzburg.

§. 1.

Geschichtserzählung und Proceßgeschichte.

M. L.* war mit Hinterlassung eines Testaments verstorben, in welchem er jedes seiner sechs Kinder in den Pflichttheil, in den übrig bleibenden Drittheil [1]) aber, mit Ausschluß seiner Töchter K.* und E.* M.*, seine Söhne J.*, F.*, M.* und Fr.* zu Erben eingesetzt hatte. Die Letzteren traten die Erbschaft aus diesem Testamente an, und wurden in den Besitz derselben gesetzt. Die Töchter aber stellten gegen ihre Brüder querelam nullitatis testamenti an, indem der väterliche letzte Willen durch ungestämmes Zureden von ihnen erschlichen und gewissermaßen erzwungen worden sey; — und verlangten, mit den Beklagten in gleichen Theilen zur Intestaterbfolge in das väterliche Vermögen gelassen zu werden.

Nach verhandelter Sache ergieng nachfolgender Zwischenbescheid:

---

1) Nach der fränkischen Landgerichts-Ordnung bestehet der Pflichttheil der Kinder, ohne Rücksicht auf ihre Zahl, in zwei Drittheilen des älterlichen Vermögens.

Digitized by Google

„Die Klägerinnen haben binnen einer peremtorischen Frist „von 30 Tagen zu beweisen: daß das Testament ihres Va„ters durch ungestümmes Zureden von Seite der Beklagten „erschlichen, und Testirer gezwungen worden, seinen letzten „Willen, wie geschehen, einzurichten; — worauf weiterer „Spruch Rechtens ergehen wird [2]).“

Diesen ihnen auferlegten Beweis traten die Klägerinnen dadurch an, daß sie jedem der Beklagten für seine Person über die Thatsache des ungestümmen Zuredens und der Erzwingung den Schiedseid deferirten. Die Letzteren acceptirten diesen Haupteid, und es wurde sofort Schwörungstermin, unter dem Nachtheile des Nichtschwörenkönnens, anberaumt. Auf der bestimmten Tagfahrt erschienen die Brüder F.* und F.*, und schwuren den ihnen zugeschobenen Eid ab. Die beiden andern hingegen, M.* und Fr.*, erschienen nicht, und wurden ihres Ungehorsams wegen als solche beurtheilt, welche nicht schwören wollen und können.

§. 2.

Beurtheilung.

Welche rechtliche Folge geht nun in gegenwärtigem Falle daraus hervor, daß zwei der Delaten den Haupteid abgelegt haben, die zwei andern aber für nicht schwören könnend erachtet werden mußten?

Sämmtliche Beklagte und Delaten befinden sich offenbar in dem Verhältnisse der Streitgenossenschaft. Sie sind als angegriffener Theil in demselben Rechtsstreite zu Erreichung eines und eben desselben nächsten Zwecks, nämlich zur Aufrechthaltung des von den Klägerinnen angefochtenen Testaments, vereinigt [3]). Diese Vereinigung zur gemeinschaftlichen Proceßführung ist aber nicht nothwendig in dem Rechtsverhältnisse der Beklagten zueinander und zu den Klägerinnen begründet. Denn bei der hereditatis petitio partiaria, welche der angestellten Nullitätsklage zu Grunde liegt, muß der einzelne Erbe,

---

2) Nachdem dieser Zwischenbescheid rechtskräftig vorliegt, fällt die Streitfrage hinweg: ob die römischen Gesetze, nach welchen, wenn der Erblasser zu Errichtung eines letzten Willens gezwungen wurde, die Successsion nicht an die Intestaterben kam, sondern dem Testamentserben vom Fiscus entrissen wurde, — noch anwendbar seyen? (was Batz neuerdings bejahte). Eben so wenig kann nach der Lage des Processes, wie sie sich hier im Momente der endlichen Entscheidung findet, noch über die Zulässigkeit der Eidesdelation in solchen Fällen gestritten werden.

3) Vergl. Martins und Walchs Magazin für den gemeinen teutschen bürgerlichen Proceß I., 1. S. 29 — 30.

Digitized by Google

wenn der Besitzer der Erbschaft Mehrere sind, von jedem derselben den dem Umfange seines Besitzes angemessenen Beitrag zu seiner Erbportion fordern [4]); so, daß in dem gegenwärtigen Falle, indem jede der beiden Klägerinnen, als Intestaterbin zum 6ten Theile der Erbschaft, von jedem der 4 Beklagten 1/24 fordern muß, eigentlich 8 verschiedene Processe gemeinschaftlich verhandelt wurden, und getrennt verhandelt werden können. Desungeachtet stand es nicht in der Willkühr der Beklagten, die Streitgenossenschaft zu bilden, oder eine subjective Klagenhäufung mit dem Gesuch zu exciviren: „die Klägerinnen sollten einzeln jeden einzeln Beklagten separat belangen." Denn jeder Kläger hat das Recht, mehrere Personen, welche er alle aus dem nämlichen facto und aus dem nämlichen Rechtsgrunde belangen kann, zusammen als Streitgenossen zu verklagen, wenn gleich diese eine Trennung wünschten und forderten [5]). Weil aber die Streitgenossenschaft der Beklagten nicht nothwendig in dem streitigen Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur in einer Proceßmaxime begründet ist, so ist auch Einheit des Erfolgs von dem Rechtsstreite für alle Streitgenossen im Allgemeinen durchaus nicht absolut-nothwendig [6]).

§. 3.

Allen Beklagten, und zwar jedem für seine Person, wurde darüber der Haupteid deferirt: „daß er den Testirer nicht durch ungestümmes Zureden zu Errichtung des Testamentes in der Art, wie sie geschehen, vermocht habe." Zwei derselben haben geschworen, die beiden Andern mußten in contumaciam für nicht schwören wollend und könnend erachtet werden.

Siehet man ab von der besondern Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses, so kommt

1) das Princip zur Anwendung: „non debet alterius collusione aut inertia alterius jus corrumpi [7])."

Die Omissiv-Handlungen der Brüder M.* und Fr.* dürfen den beiden Andern, J.* und F.*, auf keine Weise zum Nachtheil angerechnet werden.

---

4) fr. 1. §. 2. si pars hered. pet. — Schweppe's römisches Privatrecht §. 859.

5) Selbst von ihrem gemeinschaftlichen Obergericht, wenn sie in verschiedenen Untergerichten zerstreut wohnen sollten. R. D. R. v. 1600, §. 23, 24. Martins und Walchs Magazin I., 1. S. 32., 2. S. 174. u. d. mit Martins Lehrb. d. Civilpr. §. 32. 34. a. E. u. §. 55. ff.

6) Martin und Walch a. a. O. Heft 2. S. 251 ff.

7) fr. 9. pr. de liberali causa. fr. 74. d. R. J.

Es können aber auch

2) Die Ersteren von der Eidesleistung der Letzteren durchaus keinen Vortheil ziehen.

Denn jedem Einzelnen der 4 Beklagten war der Haupteid für seine Person über sein eigenes Handeln deferirt. Ideo interpositum est jusjurandum, ut de persona jurantis ageretur [8]).

Aber diese Entscheidungsgründe scheinen doch sehr bedenklich, wenn man das streitige Rechtsverhältniß selbst und an sich — objectiv — näher ins Auge faßt.

Die Klägerinnen fechten das väterliche Testament als erschlichen und erzwungen an. Es wird ihnen der Sieg Rechtens durch den rechtskräftigen Zwischenbescheid für den Fall zugesichert, wenn sie das Factum der Erschleichung und Erzwingung darzuthun vermögen. Offenbar — kann man sagen — ist aber der Ausspruch der Nichtigkeit des fraglichen Testaments schon dadurch begründet, daß jene Thatsache von Seiten auch nur Eines der Beklagten rechtserfordertlich dargethan ist; indem es ja keiner vierfachen sondern nur einer einfachen Nichtigkeit des Testaments bedarf, und es gleichviel ist, ob alle vier Brüder der Erschleichung und des Zwanges sich schuldig machten, ob nur einer von ihnen den Vater beschliche oder zwang. Mußte nun diese Thatsache von Seiten der im Schwörungstermine nicht erschienenen Brüder M.* und Fr.* in contumaciam für eingestanden gehalten werden [9]), so gewinnt es das Ansehen, als wäre der auferlegte Beweis der streitigen, der Klage zum Grund gelegten, Thatsache von dem objectiven Gesichtspunkt aus für voll und umfassend zu achten, und also das Endurtheil ganz nach dem Antrage der Klägerinnen auszusprechen.

Dies Bedenken erhält noch ein weit stärkeres Gewicht, wenn man erwägt, daß, sobald man das Endurtheil nach den oben angedeuteten Entscheidungsgründen ausspricht, theils entbindend, theils verurtheilend, der leitende Grundsatz des römischen Erbrechtes: „paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere non potest", geradezu verletzt würde; indem ja in Rücksicht derjenigen Brüder, welche den aufgelegten Haupteid geschworen haben, das Testament aufrecht erhalten, in Rücksicht der beiden Andern aber den Klägerinnen die Intestaterbfolge eröffnet werden müßte.

---

8) fr. 28. §. 1. de jurejurando.

9) Grolman, in der Theor. des ger. Verf. in bürg. Rechtssr. §. 95. Martin, in dem Lehrb. des bürg. Proc. §. 219.

§. 4.

Dennoch lassen sich diese Zweifelsgründe zu Entscheidungsgründen nicht erheben.

Im Allgemeinen ist es zwar richtig, daß, wäre die Thatsache der Erschleichung oder Erzwingung objectiv erwiesen, wenn gleich nur als von einem der beiden Brüder verübt, das Testament auch überhaupt, in Hinsicht auf alle Beklagte, als nichtig zusammenfallen würde, und mithin für keinen derselben den Grund einer testamentarischen Erbfolge abgeben könnte. Allein der von den Klägerinnen unternommene Beweis durch Eidesantrag ist rein subjectiv. Schon oben wurde gedacht, daß die Verbindung der Beklagten zur gemeinschaftlichen Vertheidigung nicht nothwendig in dem Rechtsverhältnisse selbst lage, sondern nur in einer Proceßmaxime begründet war, und es folgt hieraus, daß, wenn die rechtliche Folge gegen Alle gleichmäßig eintreten soll, der Beweis der entscheidenden Thatsache auch so zu stellen ist, daß er gegen jeden Einzelnen Wirkung haben kann, d. h. von jedem als formelle Wahrheit wider ihn anerkannt werden muß. Gegen Alle würde die Beweisführung wirksam gewesen seyn, wenn sie durch Zeugen geschehen wäre, gesetzt auch, diese hätten auch nur von dem einen der Beklagten beweiskräftig ausgesagt: jener habe das ganze Testament erschlichen oder erpreßt. Indem aber die Klägerinnen ihre Zuflucht zu der Eideszuschiebung, und zwar an jeden Einzelnen der Beklagten, nahmen, traten sie in ein rein subjectives Verhältniß zu jedem einzeln Beklagten, führten gegen jeden einen besondern Rechtsstreit, einen besondern Beweis, in dessen Gebiet die beklagten Brüder aufhörten, Streitgenossen zu seyn. Von jetzt an kann man sagen: kein Rechtsstreit hat auf den andern Einfluß — res inter alios acta aliis non nocet [10]). So wie nun jeder Consorte in Ansehung theilbarer Gegenstände nur sich selbst, nicht aber auch den andern, durch sein Bekenntniß der von dem Gegner behaupteten Thatsachen präjudiciren kann [11]), eben so wenig kann er es durch ein im Gefolge der Verweigerung oder des Versäumnisses der Ableistung eines zugeschobenen Eides gesetzlich zu fingirendes Geständniß [12]). Dadurch entstehet eine formelle Wahrheit gegen den Nichtschwörenden; aber auch nur gegen diesen und diejenigen, die desselben Handlungen und Unterlassungen als die

10) Const. 1. seq. 7. 60.

11) Martin und Walch a. a. O. Heft 2. S. 231.

12) Vergl. a. Gensler, in dem Arch. f. civ. Pr. B. 1. S. 31. ff. Not. **).

ihrigen anerkennen müssen. Das ist aber zwischen Streitgenossen nicht der Fall — wenn sich der eine für überwunden geben will, kann der andere dennoch nach Entbindung streben [13]). Hier ist offenbar auch noch ein Ungehorsam auf Seiten des Nichterscheinenden, eine culpa, wohl ein böses Gewissen, vorhanden, aus welchen seinem Streitgenossen gewiß ein Nachtheil nicht erwachsen darf [14]). Am wenigsten kann dieses da in Zweifel gezogen werden, wo die Streitgenossenschaft der Delaten nicht auf freiwilligem Vereine beruhte; und wäre es rechtsmöglich, daß das Versäumniß oder der Ungehorsam des einen Consorten dem andern schadete, so wäre auch die Gelegenheit gegeben, den aufmerksamen Streitgenossen durch Collusion und Chikane zu besiegen.

Es macht Martin a. a. O. (S. 241.) zur Bestärkung dieser Ansichten noch auf die Analogie der Eingebung eines Vergleiches aufmerksam, welche sowohl durch die Natur der Sache, als durch die Gesetze, für die Eideszuschiebung begründet sey. Von diesem Gesichtspunkt aus [15]) haben die Klägerinnen durch die Eideszuschiebung an jeden Einzelnen der Beklagten auch jedem von diesen einzeln einen Vergleich über seinen Antheil an dem Gegenstand des Rechtsstreites angeboten, und dieser 4fache Vergleich ist durch die Annahme des Antrags von Seite der Delaten existent geworden. Auf diese Weise wurde die Möglichkeit einer verschiedenartigen Erledigung des Streites von den Klägerinnen selbst eingeleitet; sie haben, wie schon oben erwähnt wurde, gleichsam die Streitgenossenschaft der Beklagten, welche von ihnen hervorgerufen war, selbst wieder aufgelöst, und das weitere gerichtliche Verfahren, wenn es gleich der Form nach noch gemeinsam fortschritt, hatte keine andere Bedeutung, als den mit jedem der Delaten einzeln eingegangenen Vergleich in seiner Besonderheit herzustellen und zu vollziehen.

Freilich mag es sich nun ergeben, daß der Richter dieselbe Thatsache in Rücksicht des Einen für wahr, in Rücksicht des Andern für unwahr annehmen muß. Aber zur Vollziehung der

---

13) Martin, in dem Lehrb. des Civ. Proc. §. 309.

14) fr. 9. pr. liberali causa. fr. 74. et 156. pr. de regulis juris. Const. 21. de poenis.

15) Nicht alle stimmen dieser Ansicht bei. M. s. z. B. Gensler, a. a. O. B. 2. pag. 32. Allein wenngleich der Schiedseid in die Zahl der ordentlichen Beweismittel eingetreten ist, so behält doch sein Antrag und seine Folge noch immer viel vergleichs-ähnliches. Grolman, in der Th. d. ger. Verf. im bürg. Rechtsst. §. 94.

Digitized by Google

einzelnen Vergleiche kömmt es nicht darauf an, ob die zu beschwörenden Thatsachen wahr oder unwahr sind, sondern nur darauf, ob geschworen oder nicht geschworen wird. Die formelle Ueberzeugung des Richters hängt ja von objectiver Wahrheit überall nicht ab [16]), und dem Allem gemäß liegt es ausser Zweifel, daß der Beweis, welcher gegen die im Schwörungstermine nicht erschienenen Brüder für gestellt erachtet werden mußte, gegen diejenigen, welche geschworen haben, nicht wirksam seyn könne.

§. 5.

Wie sollen aber diese Ansichten bethätigt werden, ohne den oben erwähnten Grundsatz: „paganus pro parte etc.“ zu verletzen? —

Daß dieser Grundsatz als Regel und durchgreifend in dem Systeme des röm. Erbrechtes vorwalte, daß er als eines der vorzüglichsten Principien aller Succession nach römischem Rechte betrachtet werden müsse, ist ausser allem Zweifel. Daraus ergiebt sich die Folge, daß jede gesetzliche Vorschrift, welche eine Abweichung von diesem Grundsatze aufstellt, als eine Ausnahme, als ein singuläres Gesetz, zu betrachten und auszulegen sey.

Als solche Besonderheiten führt man gewöhnlich diejenigen Stellen im Pandectentitel de inofficioso testamento an, nach welchen in gewissen Fällen ein Testament durch Anstellung der querela inofficiosi nur zum Theil rescindirt wird, und zum Theil aufrecht bleibt [17]); und deren Princip von Papinian dahin ausgesprochen ist „nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.“

Ueber das innere Verhältniß dieser Anomalien zu der Regel über das Gemeinsame dieser für verschiedene Fälle bestimmten Abweichungen — über die Gründe derselben — haben schon mehrere Rechtslehrer Aufklärung zu geben versucht. Allerdings würden sich die Gründe der abweichenden Bestimmungen leichter finden lassen, wenn erst die Motiven der gesetzlichen Re-

16) Martin, a. a. O. S. 235 — 6. Genkler, a. a. O. S. 31. Schon dieser Grund allein wird entscheidend seyn; wollte man auch die Analogie zwischen Eidesdelation und Vergleich ganz zurückstellen, und nur berücksichtigen, daß die Klägerinnen gegen jeden einzeln Beklagten einen besondern subjectiven Beweis unternahmen. So wie die Subjecte getrennt wurden, so spaltete sich auch die formelle Wahrheit. In Rücksicht auf das eine Subject kann eine Thatsache als juristisch wahr, und in Rücksicht auf ein andere Subject als juristisch unwahr vorliegen. L. 15. §. 2. D. 5. 2.

17) fr. 15. §. 2. fr. 24. 19. 25. §. 1. de inofficioso testamento.

gel ausgemacht wären. Aber daß man hierüber keine befriedigende Antwort geben könne, und sich daher damit begnügen müsse, den Inhalt der einmal vorhandenen positiven Vorschriften zu erforschen und zu deuten, hat wohl Thibaut [18]) ganz richtig bemerkt.

§. 6.

Die Regel, nach welcher die Intestaterbfolge von der testamentarischen ausgeschlossen wird, äußert sich darin, daß dem Testamentserben Alles accrescirt, worüber der Erblasser nicht verfügte, oder was durch Wegfallen berufener Miterben eröffnet wird. Ob dies dem Willen des Testirers gemäß sey, oder nicht, darauf wird keine Rücksicht genommen. Verordnet dieser z. B. „den Titius setze ich zum Erben in die Hälfte meines Vermögens ein" — so wird die Vernunft nicht daran zweifeln, daß der Testator in Rücksicht der andern Hälfte seines Vermögens der Intestaterbfolge habe Statt geben wollen. Aber desungeachtet bekömmt Titius, nach Vorschrift des positiven Gesetzes, das Ganze. „Nam jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse [19])." Wenn gleich der Wille des Testirers offenbar dahin ging, eine Concurrenz der Testaments- und Intestaterbfolge zu begründen, so wird doch demselben nicht entsprochen. Denn „testamenti factio non privati sed publici juris est [20])," et „nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant [21])."

In dem andern Falle, wenn berufene Miterben vor der Adquisition wegfallen, ist die Frage: wessen Eintritt in den eröffneten Erbschaftstheil dem Willen des Testirers entsprechen möge? in Gemäßheit unseres Grundsatzes geradezu abgeschnitten, und durch das jus adcrescendi die Einheit der letztwilligen Disposition und der Verlassenschaft festgehalten.

Aber auch nur vom Testirer — vom Verhältnisse seiner letztwilligen Disposition zur Verlassenschaft — kann die fragliche Regel verstanden werden. Sie bestimmt: „wer ein Testament errichtet, muß durch dasselbe die ganze Verlassenschaft erschöpfen, und so lange dasselbe aufrecht bleibt, kann die Succession nur

18) Civil. Abhandl. Nro. V.

19) fr. 7. de R. J.

20) fr. 3. qui test. fac. pos.

21) fr. 55. de leg. I.

Digitized by Google

aus ihm, dem Testament, deferirt werden [22]).“ Der Inhalt jener Regel schließt keineswegs jede Concurrenz der Testaments- und der Intestat-Erbfolge aus; sondern diese Concurrenz darf nur nicht vom Erblasser selbst ausgehen. Man soll durchaus nicht annehmen können, daß sie auf irgend einen Fall in dem Willen desselben begründet gewesen sey. Diese beschränkende Beziehung der angeführten Regel auf den Willen des Testators rechtfertigt sich sowohl durch die subjective Fassung derselben: „nemo — decedere potest“, als auch insbesondere durch die Erklärung der Ausnahme, nämlich: „nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur [23]).“

Muß man also, um diese Concurrenz zu rechtfertigen, weder auf den ursprünglichen, noch auf den eventuellen Willen des Testators zurückgehen, sondern scheint jene Concurrenz durch andere Verhältnisse oder Ereignisse gefordert zu seyn, so steht ihrem Eintritte die fragliche Regel durchaus nicht im Wege.

Dies scheint von Tryphonin in fr. 19. §. 2. de castrensi peculio angedeutet zu seyn, indem er sagt: „miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori.“ Denn bei einem Todesfalle fragt man vor Allem (ab initio [24]) nach einem Testamente; und eben so erkundigt man sich vorerst nach dem etwaigen eventuellen Willen des Erblassers, wenn eine Verfügung des Testaments aus irgend einem Grunde nicht zur Erfüllung kömmt. In diesem Sinne kann der paganus ab initio nicht pro parte testatus pro parte intestatus verstorben seyn. Wohl aber

---

22) fr. 38. de adquir. her. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

23) §. 5. de hered. inst. fr. 37. de testam. militis. — Vorzüglich der Gegensatz von jus und voluntas in C. 1. de mil. test.

24) Daß dieser Zusatz „ab initio“ die Beziehung des fraglichen Grundsatzes auf den Willen des Testirers ausdrücke, ergiebt sich aus den nächstfolgenden Worten desselben Gesetzes: „quod jus iste (nämlich der paganus, von dem die Rede ist) non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum.“ Diese Erklärung ist ferner unterstützt durch den überall ausgesprochenen Vorzug der testamentarischen Erbfolge, nach welchem ein bestehendes judicium testantis, ja selbst die spes testamentariae successionis die Intestaterben ausschließt, und dem gemäß in jedem Falle einer eröffneten Successionvorerst (ab initio) nach einem etwa vorhandenen letzten Willen des Erblassers gefragt werden muß.

kann durch später eintretende Verhältnisse eine theilweise Testaments- und theilweise Intestat-Erbfolge eintreten [25]).

§. 7.

Die oben berührten Fälle, in welchen nach gesetzlicher Vorschrift sich im Erfolge zum Theil eine Testaments- zum Theil eine Intestat-Erbfolge ergiebt, haben das Gemeinsame, daß hier

1) die Concurrenz beider Arten der Erbfolge bei dem Daseyn mehrerer Testamentserben sich

2) dadurch bildet, daß ein Testament, welches die ganze Erbschaft umfaßt, durch richterliches Urtheil zum Theil, nämlich gegen einen der eingesetzten mehreren Erben, rescindirt wird.

Der Erblasser war also ab initio in Rücksicht der ganzen Erbschaft als testatus verstorben und somit war auch dem in Frage stehenden Grundsatze vollkommen genügt. Die Concurrenz der Testaments- und Intestat-Erbfolge hat hier ihren Grund nicht nur nicht in dem Willen des Testirers, sondern sie wird vielmehr gegen den Willen desselben, durch theilweise Rescission seines letzten Willens, durchgesetzt.

Die Zulassung dieser Concurrenz in dergleichen Fällen ist also keine positive Anomalie, sie enthält durchaus keine Abweichung von dem Grundsatze: „paganus pro parte etc.;“ sondern sie tritt in Verhältnissen ein, welche durch diesen Grundsatz gar nicht getroffen werden, durch ihn gar nicht bestimmt sind. Darum fand es auch Papinian so ganz natürlich, daß hier von jenem Grundsatze nicht die Rede seyn könne; darum bemerkt er: „es scheine nur, als sey er verletzt.“ Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri [26]).

Hieraus ergiebt sich die Folge, daß die angeführten Gesetze, welche eine Concurrenz der beiden Arten der Erbfolge zulassen, durchaus nichts Singuläres enthalten, sondern ganz consequent eine Begränzung der Anwendung des fraglichen Grundsatzes nach dem Inhalte und Geiste desselben aussprechen.

---

25) Auf diese Weise rechtfertigt sich die von Thibaut a. a. O. verworfene Unterscheidung zwischen einem pro parte intestatus ab initio oder ex post. Sie findet sich nach Vorgang der Glosse schon bei Cujacius (quaest. Papin. L. 14. ad L. 15. §. 2. de inoff. und Comm. ad Tit. de Reg. Jur. ad L. 7.) Donellus (Comment. LXIX. C. X.) und bei de de Retes (Meermann Thes. Tom. VI. pag. 253); — ist aber nirgends klar gedacht.

26) fr. 15. §. 2. de inoff. Auch in fr. 24. eod. ist das „videbitur“ von Ulpian offenbar significant gebraucht. — In fr. 19. eod. äußert sich Paulus nicht minder bedeutsam „pro parte intestata efficitur.“

Darum ist auch die Anwendbarkeit dieses Ausspruchs keineswegs auf die speciellen Fälle, auf die besondern Verhältnisse der querela in officiosi beschränkt; sondern es läßt sich aus ihnen die allgemeine Regel aufstellen: In allen Fällen, wo ein Testament von den Intestaterben gegen mehrere Testamentserben angefochten wird, kann sich im Erfolge eine Concurrenz der Testaments- und Intestat-Erbfolge ergeben.

§. 8.

Nach diesen Prämissen unterliegt die endliche Entscheidung des hier vorgetragenen Falles keinen Schwierigkeiten mehr.

Durch den Zwischenbescheid wär der Ausgang des Proceſſes dahin festgestellt worden: daß, würden die Klägerinnen den auferlegten Beweis stellen, ihrem Begehren gemäß das angefochtene Testament als nichtig erklärt, und die Intestaterbfolge eröffnet werden solle; würden sie hingegen das Beweisthema zu entschöpfen nicht vermögen, das väterliche Testament als vollgültig zu betrachten, und sie demnach mit ihrer Klage abzuweisen seyen.

Nun haben sie den auferlegten Beweis gegen zwei der Beklagten wirklich gestellt, gegen die zwei Andern sind sie aber beweisfällig geworden. Die Natur des im Streite befangenen Rechtsverhältnisses fordert, wie gezeigt wurde, keine Einheit des Erfolgs; auch wird die auszusprechende Concurrenz der Testaments- und Intestat. Erbfolge zum Grundsatz: nemo pro parte testatus etc. durchaus nicht verletzt, vielmehr ist diese Concurrenz in solchen Fällen durch deutliche Gesetze [27]) verordnet. — Dem Allem zu Folge wurde in vorliegendem Falle von Rechtswegen das Endurtheil dahin ausgesprochen:

1) Das Testament des M. L.* bestehet in Rücksicht der Beklagten J.* und F.* dergestalt zu Recht, daß sie den vollen Betrag des ihnen zugedachten Vermögens erhalten, und die Klägerinnen insoweit mit ihrer Klage abgewiesen werden —

---

27) Auf unsern Fall paßt vorzüglich das angeführte fr. 15. §. 2.: „filius, qui, de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, — Credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit.“ — Zwar sind noch keine diversae sententiae judicum vorhanden, sondern erst von einem und demselben Richter auszusprechen. Aber daß hier mehrere Proceſſe nur gemeinschaftlich verhandelt wurden, ist oben ausgeführt, und — jusjurandum majorem habet auctoritatem, quam res judicata. fr. 2. de jurejur.

Digitized by Google

2) In Rücksicht der Beklagten M.* und Fr.* ist das Testament für nichtig zu halten, und das nach Abzug obiger testamentarischer Erbportionen übrig bleibende Vermögen unter den letzterwähnten Beklagten und den beiden Klägerinnen, als Intestaterben, gleichmäßig zu vertheilen.

XVI.

Ueber die neuesten Fortschritte der Civilproceß-Gesetzgebung in Teutschland.

Von Mittermaier.

§. 1.

Es ist ein freudiges Gefühl für jeden Freund der Gerechtigkeit, dessen Blick auf die legislativen Erscheinungen der neuesten Zeit fällt, wahrhaft von Fortschritten der Gesetzgebung in einer Zeit sprechen zu können, in welcher oft über Rückschritte geklagt wird, und das Gefühl der Freude vermehrt sich, weil es die Grundlagen, auf welchen die neuen Gesetzgebungen ruhen, sind, welche unseren Justizeinrichtungen Dauer, und dem Rechte Schutz und Sicherheit zu geben versprechen. Auf einer Seite ziehen die neuen Verfassungsurkunden, welche das Band des Vertrauens zwischen Regenten und Volk fest knüpfen, den Blick auf sich, und die darin ausgesprochenen Grundsätze verbürgen die Festigkeit des Gebäudes, auf welchem die Rechtsverfassung beruhen wird. — Das heilige Versprechen, daß kein Richter von seiner Stelle auf andere Art, als durch Rechtsspruch wegen Verbrechen, entsetzt werden könne, giebt dem Justizbeamten, welcher als unbeugsamer Priester des Rechtes den Forderungen der Willkühr oder Bosheit nicht Gehör giebt, Sicherheit, und durch den Muth der Richter dem Rechte Kraft. — Die garantirte Unabhängigkeit der Gerichte, der Ausspruch, daß keine anhängige Streitsache von dem Regenten gehemmt ꝛc.

Digitized by Google

werden könne, sichern gegen die, schon längst auch von der gesetzgebenden Gewalt als der Rechtspflege höchst schädlich verworfene, Kabinetsjustiz, durch welche das Recht wie ein schwaches Rohr gedrehet und gebrochen werden kann, und die Erklärung der Verfassungsurkunden, daß der Fiskus Recht nehme vor seinen Gerichtshöfen, giebt jedem Unterthanen eine Bürgschaft für die Sicherheit der Justizverwaltung ohne Ansehen der Person. Auf der anderen Seite fesselt das Aufblühen der ständischen Verfassungen den Blick des Forschers, und verspricht heilsame Früchte. — Die Gesetzgebung, bisher nicht selten eine ohne hinlängliche Kenntniß des Landes und der Bedürfnisse entworfene Arbeit weniger angestellter Beamten, wird in Zukunft den Vortheil erhalten, daß sie die rein und unentstellt an den Thron gelangenden Wünsche, Vorschläge, und Klagen des Volkes benützen kann, damit das Gesetz mehr dem Volke anpasse, und freudiger beobachtet werde, und aus dem neuen Bande des Vertrauens zwischen Herrscher und Volk, aus der verbürgten Oeffentlichkeit, aus der weise der öffentlichen Meinung gegebenen Richtung, geht auch die neue Frucht hervor, daß nicht die Tabellen und Berichte der Behörden künftig die Grundlagen gesetzlicher Einrichtungen werden. — Schon hat in einem teutschen Staate die Eintracht zwischen der Regierung und den Ständen eine Verbesserung der Gerichtsordnung hervorgebracht, während die lauten Stimmen der Stände in anderen Staaten ähnliche Folgen versprechen. Vorzüglich wendet sich der ruhige Forscher an die Verhandlungen der Landstände, um die auf Erfahrung gegründeten Klagen über teutsche Justizpflege, und die Bedürfnisse und Wünsche des Volkes, kennen zu lernen, und es zeigt sich die merkwürdige Erscheinung, wenn man die Ständeverhandlungen durchgeht, daß in allen teutschen Staaten, aus welchen bisher die Stimmen der Stände bekannt geworden sind, überall die nämlichen Wünsche, die nämlichen Gebrechen laut werden, zum Beweise, daß die teutsche Rechtspflege im Argen liegt und daß ihre Verbesserung unabweisliches Bedürfniß ist.

Digitized by Google

Wenn auch nicht der, wohl manchen Schwierigkeiten und Einwendungen unterworfene, an sich höchst achtungswürdige Antrag der badischen Stände [1]) auf Bewirkung einer Einheit in allen von keinen besondern Verhältnissen abhängigen wesentlichen Grundsätzen des Privatrechts, des peinlichen Rechts, des Gemeindewesens, so wie der bürgerlichen und peinlichen Gerichtsverfassung Teutschlands, erfüllt wird, so sind es so viele andere wohlbegründete Anträge, welche dem Forscher wichtig werden. Vor allem ziehen die Klagen der Stände in Baiern [2]) wie in Baden [3]) über den Advokatenstand, und die Verbesserungsvorschläge die Aufmerksamkeit auf sich.

Kann man auch nicht immer ganz in die Anträge auf Verminderung der Zahl der Advokaten, und in die Klagen über Rechtsverdrehung einstimmen, wenn man weiß, daß der Vorwurf, den man häufig den Advokaten macht, ungerecht ist, oder doch nur der verwickelten Gesetzgebung gelte, am meisten aber gegen die Richter, welche zu schwach und nachsichtig sind, gerichtet seyn sollte, wenn man weiß, wie in Preußen schon 1780 der Kampf gegen die Advokaten geführt wurde, und wie man dort nur dadurch, daß man dem Richter die Advokatenrolle mit übertrug, den Zweck zu erreichen suchte, so verweilt man doch gerne bei mehreren trefflichen Schilderungen, und billiget die Verbesserungsanträge. So freut man sich der herrlichen Schilderung des ehemaligen mehr zutraulichen Verhältnisses der Landbeamten zu ihren Unterthanen, und stimmt in die Klagen über Ausdehnung des Collegialgeschäftsgangs ein [4]), während man den Bemerkungen über Proceßsucht und über ihre Gründe

---

1) Verhandlungen der ersten Kammer der badischen Landstände II. Heft S. 29.

2) Verhandlungen der zweiten Kammer der baierischen Landstände III. Bd. S. 41.

3) Verhandlungen der ersten Kammer II. H. S. 294.

4) Verhandlungen der baierischen Landstände III. Bd. S. 122.

Digitized by Google

folgt [5]), und gerne die Anträge billiget, daß nur nach strenger Prüfung ausgezeichnete Kandidaten zur Advokatur gelassen, dagegen als fähig zur Erlangung von Staatsämtern erklärt werden sollen, und daß die Disciplinarordnungen verbessert werden möchten. Aehnlich diesen Anträgen erklärten auch die Landstände Badens [6]), daß der Advokatenstand zur Pflanzschule der Beamten gemacht werden sollte; sie halten die Oeffentlichkeit der Rechtspflege für ein Hauptmittel der Veredlung und Erhebung des in Teutschland durch Gesetzgebung und durch Gerichtshöfe herabgewürdigten Standes, und wünschen strenge Prüfung und akademische Grade als Bedingung der Advokatur. — Es konnte nicht fehlen, daß auch bei diesen Landtagsverhandlungen die Oeffentlichkeit der Rechtspflege zur Sprache kam [7]).

Man muß es bedauern, daß nicht bestimmtere Anträge vorliegen, welche Art der Oeffentlichkeit eingeführt werden soll; ob die des französischen Processes, oder nur eine am Schlusse des Processes nach den neuesten Vorschlägen [8]). Die Berathungen würden dadurch eine noch festere Grundlage erhalten haben. Belehrend bleiben aber immer die bei dieser Gelegenheit vorgekommenen traurigen Zeugnisse über den gegenwärtigen Zustand der Rechtspflege in manchen Gegenden [9]). — Uebereinstimmend nicht weniger sind die Wünsche der Stände in Bezug auf die Trennung der Justiz von der Administration [10]).

---

5) Baierische Verhandlungen a. a. O. III. Bd. S. 79.

6) Verhandlungen der ersten Kammer der badischen Landstände II. H. l. c.

7) Baierische Verhandlungen V. Bd. S. 257. Verhandlungen der 2ten Kammer der badischen Landstände I. H. S. 118.

8) S. dies Archiv II. Bd. 2tes Heft S. 170.

9) Baierische Landtagsverhandlungen V. Bd. S. 320. VI. Bd. S. 612.

10) Badische Landtagsverhandlungen 2ter Kammer I. Heft S. 115. Baierische Landtagsverhandlungen VI. Bd. S. 549.

Digitized by Google

Unter den Anträgen wegen Verbesserung der Proceßordnung selbst finden sich mehrere von den baierischen und badischen Landständen ausgehende, der Beachtung höchst würdige. In den Verhandlungen der Letzteren bemerkt man den Antrag auf Einführung einer neuen Civilproceß- Executions- und Concursordnung [11]), und einen umständlichen Antrag [12]) auf die Verbesserung der Gerichtsordnung; interessant sind die dabei vorkommenden Untersuchungen über Zulässigkeit der Anwälde, über mündliches oder schriftliches Verfahren, über Publicität u. A.

Besondere Aufmerksamkeit ziehen einige Verhandlungen der baierischen Landstände auf sich; unter diesen der Antrag [13]), daß die Verordnung aufgehoben werden möchte, nach welcher die Kronfiscale befugt waren, die Originalakten beliebig von den Gerichtshöfen abzufordern, und unter verschiedenen Vorwänden den Proceß zu verzögern. Mit Recht wurde die Begünstigung dieser Abforderung als unbillig wegen Verletzung der Gleichheit der Rechte der Parteien, als ungerecht und sogar gefährlich dargestellt [14]). Es konnte nicht fehlen, daß bei dieser Gelegenheit die privilegia fisci zur Sprache kamen, und der Antrag auf ihre Beschränkung war höchstzweckmäßig, wobei die geistreiche Bemerkung [15]) Beachtung verdient: daß der Fiscus selbst Rechte der Minderjährigen genieße, während er, also selbst der Minderjährige, als Vormund der als minderjährig betrachteten Gemeinden gelte. — Sehr merkwürdig ist die mit der vorigen zusammenhängende Discussion [16]) über das fernere Bestehen der Verordnung, nach welcher gegen den Fiscus Niemand eher Klage bei einem Gerichtshofe anstellen konnte, bis

---

11) Badische Landtagsverhandlungen 2ter Kammer II. Heft S. 64.

12) Badische Verhandlungen IV. Heft S. 144.

13) Baierische Landtagsverhandlungen III. Bd. S. 66.

14) Baierische Verhandlungen a. a. O. S. 97. 101 ff.

15) Baierische Verhandlungen III. Bd. S. 93.

16) Baierische Verhandlungen IV. Bd. S. 96.

Digitized by Google

er nicht durch alle Administrativ-Instanzen seine Beschwerden durchgeführt und dies bescheinigt beigebracht hat. Erfährt man aus den Klagen der Stände, daß nicht selten durch Verweigerung irgend einer Antwort von Seite der administrativen Stellen, und sogar durch Weigerung der Bescheinigung gemachter Eingaben, die Rechtsverfolgung gegen den Fiscus abgeschnitten war, so kann man den Ständen die Vorbringung der Rüge nur danken. Viel wichtiges enthalten auch die Berathungen über den Antrag: daß bei Einsendung der Akten von einer untern Behörde an die obere immer bei der Inrotulation die Parteien gegenwärtig seyn können [17]), damit sie über die Vollständigkeit der Einsendung urtheilen, und der Aktenverschleppung vorbeugen können. — Auch die Verhandlungen über den Antrag: „daß Militärpersonen in den persönlichen Rechtssachen den ordentlichen Gerichten nicht entzogen werden möchten", und die dabei zur Sprache gekommenen Klagen über das Isolirungssystem des Militärs [18]) verdienen alle Aufmerksamkeit.

§. 2.

Als vorzügliche Frucht der landständischen Berathungen liegt aber vor uns das von dem Könige genehmigte Gesetz über Verbesserung der Gerichtsordnung [19]). Es ist dies Gesetz für ganz Teutschland um so merkwürdiger, als der baierische Proceß im Wesentlichen mit dem gemeinen zusammenstimmt, und die in Baiern gemachten Verbesserungen die legislativen Winke für die Reform des gemeinen Processes überhaupt gewähren. Wir glauben durch Mittheilung der merkwürdigsten Bestimmungen des Gesetzes den Lesern des Archivs einen Dienst zu thun.

---

17) Baierische Verhandlungen II. Bd. S. 285. 445. III. Bd. S. 5.

18) Baierische Verhandlungen IV. Bd. S. 394.

19) Baierisches Gesetzblatt 1819. nr. VII. Verordnung vom 22. Juli 1819.

Digitized by Google

I. §. 1. Bei den Gerichten erster Instanz sollen alle streitigen Rechtssachen mündlich und kurz zu Protokoll instruirt werden [20]), wenn nicht beide Theile selbst die schriftliche Instruktion ausdrücklich verlangen, oder das Richteramt dasselbe wegen Wichtigkeit der Sache anordnet. Auch in wichtigen Rechtssachen kann auf Verlangen beider Theile das mündliche Verfahren Statt finden. §. 2. Die Klage kann schriftlich übergeben werden, worauf das Gericht unter Mittheilung der Klage einen Termin zur protokollarischen schlüssigen Verhandlung bestimmt. §. 3. Wenn Personen, die der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand die Sache verhandeln, so soll der Richter sich bestreben, daß das Factum des Streites, und das was jeder Theil verlangt, vollständig aufgenommen, der Streitpunkt richtig gestellt, und dasjenige gebührend aufgeklärt werde, was zur Entscheidung des Streites beiträgt [21]).

II. Fristverlängerungen sollen aus dem Grunde, daß der Anwald mit anderen dringenden Arbeiten beschäftigt oder abwesend sey, nicht ertheilt werden, die zulässigen Termine werden auf die Zahl von 3 festgesetzt, der vierte soll nur wegen ganz außerordentlicher, vollkommen erwiesener, Ursachen zulässig seyn.

III. §. 6. Wenn der Beklagte den Termin zur Beantwortung der Klage verstreichen läßt, so soll nunmehr (bisher wurde gewöhnlich auf Geldstrafe erkannt) die Klage für abgeläugnet, Beklagter der Einreden verlustig gehalten, und Kläger zum Beweise der Klage gelassen werden. Geldstrafen haben nur gegen säumige Curatoren des Stiftungs- und Gemeindevermögens und gegen Fiscale statt.

IV. Die Calumnieneide sind aufgehoben, mit Ausnahme a) wenn derjenige, welchem der Haupteid zugeschoben worden, den Calumnieneid vom Gegner verlangt, b) bei der Restitution.

V. Ausländer, welche gegen Baiern klagen, und keine liegenden Güter in Baiern besitzen, müssen dem Beklagten auf Verlangen für Proceßkosten, und wenn er auf dem Wege der Widerklage belangt wird, nach dem wahrscheinlich gemachten Betrage der Widerklage im

---

20) Es ist vorauszusehen, daß diese Bestimmung nichts fruchtet. Die Unbestimmtheit, welche eine wichtige Sache sey, erweckt neuen Streit; aus der Vorschrift wird allmählig das traurige Recessiren der Advokaten entstehen, um so mehr, als es nicht verboten ist, daß Rechtsgründe eingemischt werden. Auch: ob schriftlich verhandelt werden soll, wird häufig Streit veranlassen.

21) Dies widerspricht dem auf die Verhandlungsmaxime gebauten baierischen Gesetzbuche; der baier. Richter nähert sich dadurch dem preußischen, ohne daß die übrigen Vorschriften ganz passen.

Digitized by Google

Kapital nebst Früchten und Zinsen [22]), Caution leisten, und Beklagter braucht vor deren Leistung nicht auf die Klage zu antworten [23]). Bei Streitigkeiten der Landesunterthanen unter sich kann keine Caution gefordert werden, es wäre dann, daß besondere Umstände (?) nach Cod. judic. VIII. cap. 6. §. 7. Ausnahmen begründeten.

VI. §. 9. Wer sich durch den Fiscus gekränkt glaubt, muß blos vor der gerichtlichen Rechtsverfolgung wegen Abstellung seiner Beschwerde an eine, und zwar die zunächst einschlägige, Administrationsbehörde, welche Empfangsscheine auszustellen strenge angewiesen ist, sich wenden; erfolgt binnen 6 Wochen keine Entschließung, so wird sie als abschlägig angenommen, und der Rechtsweg kann nicht gehindert werden [24]). §. 10. Die Civilakten sollen weder den Fiscalen, noch dem Generalfiscalate, mitgetheilt, sondern nur bei Gericht ihnen zur Einsicht vorgelegt werden [25]).

VII. §. 11. Die Responsionen auf die Beweisartikel, und die Relevanzbescheide, finden nicht mehr Statt. §. 12. Wenn durch richterliches Urtheil auf Beweis erkannt ist, so muß der Beweispflichtige den Beweis innerhalb des angesetzten Termins bei Strafe der Desertion antreten; innerhalb 30 Tagen von Mittheilung der Beweisantretung muß der Gegner den Gegenbeweis antreten. §. 13. 14. Die Beweisartikel werden unter Ansetzung des Termins zur Vereidigung und Vernehmung der Zeugen dem Gegentheile mitgetheilt, welcher Fragstücke einzureichen hat. Artikel und Fragstücke prüft der Richter von Amtswegen, und verwirft unzulässige oder irrelevante. §. 15. Das Vernehmungsprotokoll wird unverschlossen zu den Akten gelegt, und den Parteien, welchen hievon Nachricht ertheilt wird, das Recht gegeben, die Protokolle einzusehen und Abschriften zu verlangen. Innerhalb eines Termins von 30 Tagen kann jede Partei über die Beweisführung eine Deduction übergeben. §. 16. Jedem Theile steht frei, nach widersprochener Geschichte seiner Klage oder Einrede den Beweis zu an-

---

22) Man ist lange im gem. Processe überzeugt, daß die cautio pro reconventione nur cautio de judicio sisti, und nicht judicatum solvi ist; das baier. Gesetz macht sie zur zweiten, und wird dadurch sehr drückend.

23) Warum man von der bisherigen weisen Eventualmaxime, nach welcher der Beklagte eventuell doch litem contestiren mußte, abwich, ist nicht einzusehen.

24) Dies bezieht sich auf die Verhandlungen der Stände, oben Note 16.

25) S. oben Note 13.

Digitized by Google

ticipiren. §. 17. Die Beweisantretung hat die rechtlichen Folgen eines durch Urtheil aufgelegten Beweises, sie wird dem Gegentheile unter Termin von 30 Tagen mitgetheilt, innerhalb dessen er wie §. 12. seine Rechte wahren, und den Gegenbeweis antreten muß. Nach geschlossenem Beweisverfahren wird wie bei dem aufgelegten Beweise verfahren, und es darf nie auf Beibringung eines besseren Beweises erkannt werden.

VIII. §. 18. Wegen einfacher Decrete und Zwischenbescheide findet in Zukunft keine Appellation Statt. Wer beschwert zu seyn glaubt, hat sich bei Gericht zu verwahren, und kann alsdann die Beschwerde hierüber mit der Appellation gegen das Endurtheil verbinden. §. 19. Hievon sind ausgenommen 1) Bescheide, wodurch Kläger mit der Klage abgewiesen wird, 2) wodurch die den Gerichtsstand ablehnende Einrede des Beklagten verworfen wird, 3) wenn Beklagter mit Verwerfung der von der Einlassung befreienden Einreden zur Einlassung verurtheilt wird, 4) Erkenntnisse über Proceßart, 5) Beweisinterlocute. §. 20. Appellation an die 3te Instanz findet gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse nicht Statt, 1) gegen die in §. 19. nr. 3. 4. bemerkten Urtheile, 2) wenn die Appellation nur Zinsen oder Kosten betrifft, 3) so oft die Beschwerde bei dem Endurtheile noch gehoben werden kann, als bei Urtheilen über jüngsten Besitz, über provisor. Verfügungen, Arrest und Executivproceß, wenn die weitere Rechtsverfolgung im gewöhnl. Proceße vorbehalten wurde. §. 21. Ueber Proceßstrafen findet keine Appellation, sondern nur Beschwerde Statt. §. 22. Der Appellationstermin gegen Beweisinterlocut und Erkenntnisse in §. 19. ist auf 30 Tage gesetzt; in übrigen Fällen beträgt der Termin 60 Tage [26]). §. 23. Innerhalb dieses Termins ist, unter Strafe der Desertion, die Appellationsschrift an den höheren Richter bei dem Gerichte erster Instanz zu übergeben; Urtheilsabschriften dürfen dem Libelle nicht beigefügt werden. §. 24. Bei Appellationen, welche gegen §. 18. ergriffen werden, muß das Gericht erster Instanz in motivirter Entschließung den Appellanten abweisen. §. 25. Der Beschwerdenlibell wird dem Gegner mitgetheilt, und ein Tag zur Inrotulation der Akten festgesetzt. Der Termin beträgt 30 Tage; innerhalb desselben muß die Nebenverantwortung oder Adhäsion eingereicht werden; im Falle der Letzteren erhält Appellant 30 Tage zu seiner Verantwortung. §. 26. Der Inrotulationstermin darf nicht erstreckt werden; den er-

26) Nach der baierischen Gerichtsordnung ist der Termin zur interpositio appellationis nicht getrennt von dem zur introductio. Er lauft für beide zusammen 60 Tage.

Digitized by Google

scheinenden Parteien werden die Akten zur Anerkennung der Vollständigkeit vorgelegt. Die Parteien können auch dem Einpacken beiwohnen; Aktenverzeichnisse und Einpacken werden kostenfrei gemacht. §. 27. Die Akten werden an die höhere Instanz ungesäumt eingesendet. §. 28. Die schriftlichen Vorträge und disciplinare Verfügungen betreffenden Aktenstücke werden den Parteien nicht vorgelegt. §. 29. Wenn gegen einen ohne Verschulden in momentane Zahlungsunvermögenheit gerathenen Schuldner, der um Nachsicht oder Fristen bittet, Execution eintreten soll, so muß das Gericht, wenn keine Verlustsgefahr für die Gläubiger da ist, diese zur Nachsicht bewegen, oder selbst Fristen setzen. §. 30. Bei dem Anrufen um Execution muß der Gläubiger immer auch das Executionsobject benennen; der Richter bestimmt bei Mittheilung der Schrift den Termin, in welchem bei Vermeidung der Execution Zahlung geleistet werden soll. §. 31. Wenn der Schuldner die vorgeschlagene Executionsart anfechten, andere vorschlagen, Fristen setzen, oder auf Selbstverkauf antragen will, so muß er alle Einwendungen auf einmal binnen 14 Tagen bei Verlust des nicht vorgebrachten anbringen; das Gericht verwirft sogleich die ungegründeten Einwendungen, oder setzt zur schlüssigen Verhandlung einen Gerichtstag an, worauf ein Erkenntniß zu fällen ist. Die Appellation kann die Auspfändung oder die Immission nicht hindern. §. 32. Wenn ganze Gutskörper, Fabriken, große Wirthschaften u. dgl., verkauft werden sollen, so kann dem Schuldner ein Termin von 3 oder 6 Monaten zum Selbstverkauf ertheilt werden, provisorische Maaßregeln finden aber in der Zwischenzeit doch Statt. §. 33. Das Executionsobject muß gerichtlich versteigert werden. §. 34. Im Concursprocesse können die Gläubiger in den Edikttagen ihre Recesse, welche keine Weitläuftigkeiten enthalten dürfen, schriftlich übergeben. §. 35. Bei Concursprocessen soll in der Regel kein Advokat als Massecurator bestellt, sondern die Verwaltung der Masse einem am Orte wohnhaften tauglichen Gläubiger, oder einem anderen erfahrenen Mann, nach Vernehmung der Gläubiger übertragen werden. Um die aus der öfteren Einholung richterlicher Genehmigung und Rücksprache mit den Gläubigern entspringenden Nachtheile und Kosten zu vermeiden, sollen bei größeren Concursen die Gläubiger aus ihrer Mitte einen Ausschuß von 2 — 3 Mitglieder wählen, welche in allen Verwaltungssachen als Bevollmächtigte sämmtlicher Gläubiger zu handeln verbunden oder berechtigt sind. §. 36. Mangelt es bei einer Forderung nicht an der Liquidation, sondern nur an der Legitimation, so soll die Forderung im Urtheile an der gebührenden Stelle, mit dem Auftrage innerhalb 30

Digitized by Google

Tagen beizubringender oder zu verbessernder Legitimation [27]), locirt werden. §. 37. Wenn die minder bevorzugten Gläubiger das Meistgeboth, welches auf die zur Masse gehörigen Güter geschlagen worden, nicht annehmen, so soll ein dritter Versteigerungstermin ausgeschrieben werden. Meldet sich kein annehmlicher Käufer, so muß das Gericht das Ablösungsrecht zur Anwendung bringen; die Gläubiger werden zusammengerufen, und müssen sich erklären, wer das Recht ausüben wolle. Erklärt sich keiner, so ist das Guth dem vorigen Meistbiethenden sogleich zuzuschlagen.

§. 3.

Tiefer das bisherige System des Processes erschütternd, reich an trefflichen Bestimmungen, ist das neueste königl. würtembergische Organisationsedikt über die Rechtspflege v. 31. December 1818. Im Zusammenhange damit stehen die Edikte vom gleichen Tage über die Gemeindeverfassung, und die Oberamtsverfassung *). Das Edikt erkennt in der Einleitung die Haupturſachen der bisherigen Beschwerden über die Rechtspflege, und giebt zugleich die Grundzüge des künftigen processualischen Verfahrens bei den Oberamtsgerichten.

I. Die Ortsobrigkeit, ein aus der Mitte der Gemeindeglieder bestehender, mit der trefflichen Gemeindeverfassung zusammenhängender, Gemeinderath hat

A) zuweilen die Befugniß, Rechtsstreitigkeiten selbst zu verhandeln und zu entscheiden, und zwar (§. 3.) in Untergangssachen und in geringfügigen Sachen (bei größeren Gemeinden bis 30 fl., bei kleineren bis 20 — 10 fl). Der Vergleichsversuch wird hier mit der Verhandlung vereiniget, Advokaten sind nicht beizuziehen; ist die Rechtsfrage, worauf es ankömmt, schwierig, so kann die Partei an das Oberamt provociren. Die Parteien können recusiren; — macht das Object des Streites das ganze Vermögen einer Partei aus, so kann die Sache an das Oberamtsgericht gebracht werden. (§. 13.) Die Verhandlung ist mündlich; es werden aber Protocolle aufgenommen. Gegen Aussprüche des Gemeinderaths in geringfügigen Sachen findet Beru-

27) Wenn dies auch von der Legitimation zur Sache gilt, so ist ein neuer Proceß vorauszusehen; wenigstens müssen die Gläubiger über die Art der Legitimation, wenn sie beigebracht worden ist, gehört werden.

*) S. d. Arch. B. 2. Hft. 2. S. 169. Not. *).

fung nicht Statt, es kann aber gegen die Entscheidung Recurs ergriffen werden, wenn wesentliche Mängel in Absicht auf Persönlichkeit der Parteien, oder im Verfahren da war, oder Bestechung, oder Verfälschung von Beweismitteln nachzuweisen ist.

B) Die Ortsobrigkeit (§. 16.) übt ein friedensrichterliches Amt aus, in so ferne, ehe ein Gemeindeglied Proceß gegen ein Anderes erheben will, die Sühne versucht werden muß.

C) Sie kann in Beziehung auf Rechtsstreitigkeiten (§. 80.) provisorische Verfügungen treffen, vorzüglich Arresterkennung, (die Rechtfertigung des Arrestes geschieht bei dem Oberamtsgerichte §. 31.) sie kann Beweis zum ewigen Gedächtnisse aufnehmen, und der Selbsthülfe vorbeugen.

D) Ihr steht die Rechtshülfe wegen liquider oder rechtskräftig entschiedener Forderungen zu. (§. 34.) Der Fordernde wendet sich an den Ortsvorsteher, der Beklagte wird darüber gehört.

E) Ihr gebührt die Ausübung der willkührlichen Gerichtsbarkeit; wenigstens üben die Notarien sie unter Autorität der Gemeinderäthe aus.

II. In jedem Oberamte ist ein Oberamtsgericht, bestehend aus dem O.Richter, O.Beisitzern, O.Actuar. (§. 43.) Der Richter steht an der Spitze der Rechtsverwaltung des Oberamts, er leitet bürgerliche Processe, und erstattet Vortrag, wenn es zur Entscheidung kömmt; jedes Oberamt hat 12 ordentliche Beisitzer, aus den Einwohnern der Oberamts-Stadt und des Stadtrathes gewählt. Für jede Rechtssache werden nur 2 — 3 Beisitzer verwendet, unter ihnen findet ein Turnus Statt. Die Oberamtsgerichte bilden in Bezug auf Sachen, die an die Gemeinderäthe gehören, die zweite, sonst in bürgerl. Rechtssachen die erste Instanz (§. 53.), mit Ausnahme der Personen, welche privilegirten Gerichtsstand haben (§. 54.). Zur Verhandlung von bürgerl. Rechtssachen gehören zwei, zur Entscheidung 3 Beisitzer, jedoch können die Parteien auf ihre Kosten gemeinschaftlich ein Mitglied aus dem Stadt- oder einem Gemeinderathe wählen (§. 57.). Die Parteien können ohne Angabe eines Grundes einen, mit Gründen auch mehrere, recusiren (62.). Ueber das ordentliche Verfahren stellt das Edikt nachstehende Grundsätze auf: 1) es soll, insoferne es ohne Nachtheil der Gründlichkeit geschehen kann, schnell verfahren werden. 2) Die Vervielfältigung der Processe soll vermieden werden durch gleichzeitige Verhandlung mehrerer Streitpunkte. 3) Termine sollen abgekürzt werden; für die erste Erklärung des Beklagten soll nur der zweite, sonst aber immer der erste Termin, peremtorisch seyn; jedoch sollen Protocolle angelegt, und diese auf Darstellung der factischen Verhältnisse und

Digitized by Google

Gesuche, ohne Einmischung rechtlicher Ausführungen (§. 70.), beschränkt werden. Ausnahmsweise haben schriftliche Vorträge Statt. 5) Die Parteien sollen persönlich, vorzüglich bei der ersten Verhandlung über die Klage, erscheinen. 6) Jede Partei kann ein Mitglied eines Gemeinderathes zu ihrem Fürsprecher wählen; derselbe erscheint mit der Partei. Bei mündlichen Verfahren ist Beiziehung von Advokaten nicht nothwendig, sie ist aber gestattet, nur darf der unterliegende Theil nicht in die der Andern durch Aufstellung eines Advokaten zugegangenen Kosten verurtheilt werden. (§. 76.) 7) Sobald der Richter von den Parteien zur Thätigkeit aufgefordert ist, so befragt er nicht nur von Amtswegen beide Theile über die factischen Umstände, sondern ist auch für den unzweifelhaften Zweck jeder Partei von Amtswegen thätig, und darf ohne besonderes Begehren die Mittel benützen, deren Anwendung diese Partei selbst im Wege der Verhandlung vom Richter zu begehren berechtigt gewesen wäre; das Erkenntniß des Richters, der selbst von Amtswegen [28]) Einreden, die sich aus den aktenmäßigen Thatsachen ergeben, ergänzen darf, ist nicht durch bestimmte Anträge der Parteien bedingt; (§ 77.) jedoch darf der Richter zur Erforschung der Wahrheit kein Mittel anwenden, auf dessen Anwendung auch der Gegentheil nicht hätte antragen dürfen; er muß vollständige und bestimmte Erklärungen der Parteien zu erhalten suchen, darf aber ohne Vorwissen der Partei nichts in die Gerichtsakten aufnehmen, auch keine in den Akten nicht liegende Thatsache hereinziehen, oder im Urtheile über die vermuthete Absicht der Parteien hinausgehen. (§. 78.) Die Verhandlungen gehen in Anwesenheit beider Theile vor. (79.) Wenn eine Klage auch schriftlich angebracht wird, so muß der Richter den Kläger doch einzeln mündlich vernehmen, und gehörig die Klage prüfen. (§. 86.) Der Beklagte muß auf die Klage mündlich antworten, und wird umständlich vom Richter vernommen. (§. 89.) Wenn er dilatorische Einreden hat, muß er doch zur Einlassung auf die Klage in der Regel angehalten werden; bei Einreden des geendigten Rechtsstreites (der Rechtskraft, Vergleich, Verzicht) wird zuerst darüber ver-

28) Man würde mit Unrecht glauben, daß das würtemb. Edikt unbedingt den preußischen Proceß angenommen habe. Nach dem preuß. R muß jede Partei, welcher der Richter ein zur Aufklärung streitiger Thatsachen beitragendes Document auch von Amtswegen abfordert, dasselbe herausgeben, und der Richter muß in Preußen, wie die Motive zu dem Edikt S. 17. richtig bemerken, mit jeder Partei das ganze Drama des Processes durchspielen, dabei die Rolle des Gegners übernehmen, und alle möglichen Einwendungen entgegen halten. Dies fordert das würtemb. Edikt nicht.

Digitized by Google

handelt. (§. 93.) In verwickelten Fällen darf der Beklagte, jedoch ohne Rechtsausführung, schriftlich antworten, muß jedoch abgesondert mündlich darüber abgehört werden. (96.) Ueber die Antwort des Beklagten muß der Kläger wieder mündlich, und wenn Kläger etwas Neues bringt, auch Beklagter gehört werden. (97.) Der Richter kann durch Gegenüberstellung der Parteien Widersprüche zu heben suchen. (99.) Wenn der anzustellende Vergleichsversuch mißlingt, so muß der Richter den status causae et controv. entwerfen, und den Parteien vorlegen [29]). Der Richter kann zwar bei den ersten Verhandlungen die Parteien über ihr Beweismittel befragen, auch können die Parteien ihre Documente gleichzeitig vorlegen, in der Regel tritt aber mit der Verhandlung über den Beweis ein neues Verfahren ein. (§. 102.) Es wird kein eigentliches Beweiserkenntniß gefällt, sondern beide Theile werden aufgefordert, in einem Termine die bisher noch nicht benützten Mittel über die vom Richter als erheblich ausgezeichneten Umstände dem Gerichte anzuzeigen. Die Aufforderung ist für die Endentscheidung nicht präjudiciell, keine Partei wird als beweispflichtig bezeichnet, sondern erst am Ende, wenn der Beweis solcher Umstände, worüber die Parteien aufgefordert worden sind, und die das Gericht als eigentlich entscheidend erkennt, nicht genügend erscheint, wird Untersuchung darüber: „welchem Theile der Beweis obgelegen hätte", angestellt, und ohne neues Beweiserkenntniß die Endentscheidung gegründet [30]). Der Richter muß alle von den Parteien angezeigten Be-

---

29) Ein Hauptunterschied von der preuß. Gerichtsordnung liegt darin, daß nach derselben die Verhandlung der Parteien über die Beweismittel mit der Verhandlung über die Streitfrage vereiniget werden muß. Diese Verbindung ist häufig verwirrend, und widerspricht selbst der Ansicht vom status caus. et controv. durch welche erst die unerheblichen von den erheblichen Umständen gesondert werden sollen. S. Motiven zum Edikt S. 37.

30) Die Motiven zum Edikt S. 38 ꝛc. suchen diese neue Einrichtung besonders im Gegensatze der Beweisinterlocute zu rechtfertigen. Allerdings ist viel Scharfsinniges angeführt, es läßt sich aber nicht läugnen, daß durch ein umsichtig und zweckmäßig erlassenes Beweisinterlocut (s. dies Archiv I. Bd. S. 350.) das ganze Verfahren eine feste Grundlage erhält; so gut auch am Ende des Processes der Richter bestimmen kann, was erheblich und entscheidend sey, eben so gut kann er es auch, wenn die Verhandlungen zweckmäßig instruirt sind, nach diesen ersten Verhandlungen. Sonderbar kömmt die Bestimmung vor, daß erst am Schlusse entschieden werden soll, wem der Beweis obgelegen hätte, und daß darauf schon definitiv entschieden werden soll. Billig frägt man: warum diese Beweislast nicht sogleich anfangs regulirt wird? der Pflichtige hätte sich darnach richten können;

Digitized by Google

weismittel benützen; wenn Zeugen zu vernehmen sind, werden die Parteien vorgeladen, um Einwendungen gegen die Zeugen anzugeben; die Abhörung der Zeugen geschieht in Abwesenheit der Parteien; ihre Fürsprecher und Assistenten dürfen aber gegenwärtig seyn, müssen jedoch die Zeugenaussagen geheim halten. (§. 108.) Der Richter veranlaßt die Zeugen zu einer freien Erzählung über die Thatsachen, und stellt angemessene Fragen, um vollständige zuverläßige Zeugnisse zu erhalten. Artikel und Fragstücke sind unzuläßig; die Parteien dürfen aber die einzelnen Punkte, worüber die Zeugen zu vernehmen wären, angeben (§ 112.) Eide können vor und nach Benutzung anderer Beweismittel einander zu- und zurückgeschoben werden. (114.) Die Calumnien-eide sind völlig aufgehoben. (116.) Der Editions- und Diffessionseid werden als Arten des purgatorii in der Regel erklärt (117.) Die Eidesabnahme geschieht feierlich. (118.) Beweisschriften der Parteien nach geführtem Beweise haben nicht Statt; im Termine zur Eröffnung des Beweises können aber die Partien weitere Aufklärungen geben, (119.) Wenn die factischen Verhältnisse ausgemittelt sind, so werden die Parteien am Schlusse aufgefordert, ob sie zur Vertheidigung ihres Rechts etwas vorbringen wollen. In einfachen Fällen geschieht diese Ausführung mündlich ad protocollum, sonst schriftlich. Beiden Theilen wird gleichzeitig hiezu ein Termin gesetzt. (121.) So lange die Instruction des Processes dauert, bis zum Verfluß der Beweisfrist, soll jede Partei das Recht haben, das, was zu ihrer Rechtsvertheidigung bei den früheren Verhandlungen gehört, was ihr aber aus Versehen entgangen ist, nachzutragen. (§. 126.) Im Falle des Ungehorsams des Klägers kann der Beklagte die Sache ruhen lassen, oder fortsetzen. Ist der Beklagte bei Antwort auf die Klage ungehorsam, so werden die factischen Umstände der Klage als zugestanden angenommen, zur Vorbringung seiner Einrede wird ihm eine neue Frist verstattet; wird dieser Termin versäumt, so soll in der Hauptsache entschieden werden. (128.) Der Rechtsnachtheil eines fingirten Bekenntnisses tritt auch ein, wenn eine Partei auf die ihr bei den mündlichen Verhandlungen vom Richter bestimmt vorgelegten Fragen bestimmte Erklärungen zu geben weigert. (131.) Die fiscalischen Ungehorsamsstrafen fallen weg. (136.) Das Oberamtsgericht erkennt in allen von ihm anhängigen Rechtssachen selbstständig, ohne Einholung

---

wird er aber verurtheilt, weil er pflichtig war, so ist es unrecht, wenn man die Pflicht nicht aussprach. Auch dürfte dadurch, daß keine bestimmte Beweislast ausgesprochen wird, sondern die Aufforderung an beide Parteien geht, viel unnützer Beweis, der leicht hätte erspart werden können, geführt werden.

Digitized by Google

eines Rathes von einer andern Stelle. (142.) Der Oberamtsrichter erstattet Vortrag. Alle einfachen Dekrete und Bescheide, die sich auf den Gang des Processes beziehen, ohne das materielle Rechtsverhältniß bedingt oder unbedingt zu bestimmen, lassen kein förmliches Rechtsmittel, sondern nur Beschwerden zu. (150.) Gegen wahre Erkenntnisse findet Appellation, Nichtigkeitsbeschwerde, und Restitution Statt. Die Appellationssumme beträgt 50 fl. Umständlich und klar wird in §. 153 154. erörtert, in wie ferne gegen Erkenntnisse über Eide, und bedingte Bescheide, appellirt werden könne. Die Appellation wird innerhalb 15 Tagen bei dem Oberamtsgerichte angezeigt, und innerhalb 90 Tagen bei dem höheren Richter ausgeführt. (155.) Wenn die Anzeige geschehen, so fordert der Oberamtsrichter die appellirende Partei zur Erklärung auf, von welchen Aktenstücken sie bei der Appellation Gebrauch machen, und Abschriften verlangen wolle. Durch Appellation wird die ganze Sache an den höheren Richter gebracht (157.); auch der Ungehorsame kann appelliren. (158.) Ueber den Concursproceß wird bestimmt: das Oberamtsgericht hat bei einer Veranlassung den Vermögenszustand sogleich zu untersuchen; wird der Concurs zulässig gefunden, so werden dem Gemeinderathe Vorschläge wegen Bestellung eines Güterpflegers abgefordert; dem Schuldner wird der Beschluß eröffnet, wogegen er Recurs ergreifen kann. (163.) Beträgt die Activmasse nicht über 500 fl., so geschiehet die Liquidation, ohne Theilnahme des Richters, durch den Gerichtsnotar des Bezirks, den ersten Ortsvorsteher und zwei tüchtige Gemeinderathsglieder; bei verwickelten Concursen ist der Richter selbst gegenwärtig. Die Vorladungen der Gläubiger erläßt der Gerichtsnotar; die Gläubiger können schriftliche Recesse einreichen; bei der Liquidationshandlung wird jede Forderung strenge geprüft, und alles muß angewendet werden, (169.) um die Forderung selbst und ihre etwaigen Vorzüge ins Klare zu bringen. Die Deputation sucht dann das Schuldenwesen durch gütlichen Weg zu erledigen. (170.) Das Oberamtsgericht, wenn der Versuch der Güte mißlingt, spricht das Präclusiverkenntniß, und verfügt die Ergänzung etwaiger Mängel, worauf das Erkenntniß gefällt (171.) und damit auch, wenn es möglich ist, die Gantverweisung verbunden wird. Rechtsmittel haben dagegen Statt (177.). Bei Concursmassen über 500 fl. leitet der Oberamtsrichter die Liquidation, sie geschieht vor dem Gemeinderathe, das Beweisverfahren wird nach §. 103. 171. eingeleitet; in schwierigen Fällen wird auch schriftliche Rechtsausführung gestattet; die Gantrechnung wird vom Gemeinderathe besorgt. (179.) Den Gemeinderäthen ist zur besondern Pflicht gemacht, darauf zu sehen, daß das Vermögen mit der größten Sorgfalt verwaltet werde.

Digitized by Google

(183.) In Fällen, in welchen wegen liquider, d. h. solcher Forderungen, die auf unverwerflichen schriftlichen Urkunden beruhen, der Executivproceß eintritt, wendet sich der Gläubiger an das Oberamtsgericht; in geringfügigen Sachen an den Gemeinderath. (186.) Die Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse wird auf Anrufen des Siegers von dem Oberamtsrichter der Ortsobrigkeit des unterliegenden Theils aufgetragen.

Die bisher angegebenen Bestimmungen reichen dazu hin, auf eine Organisation aufmerksam zu machen, welche in einem Lande, das sich einer höchst liberalen Verfassung erfreut, und dessen Rechtsgelehrte, unter welchen wir eine bedeutende Zahl ausgezeichneter Schriftsteller ehren, lange schon den Ruf trefflicher Juristen sich erworben haben, gute Früchte tragen kann.

§. 4.

Während das baierische Gesetz die Grundmaxime des bisherigen gemeinen Processes stehen läßt, und durch Verbesserungen einzelner Theile nachhilft, während das würtembergische Edikt durch eine glückliche Verbindung der Rechtspflege mit der Gemeindeverfassung, durch Benützung einiger Grundbestimmungen des preußischen Processes, dem Processe Leben giebt, nähert sich der vorliegende [31]) Entwurf eines Proceßgesetzbuchs für Hessen, enthaltend das bürgerliche Verfahren vor den Mittelgerichten, dem französischen Processe. Mit Unrecht aber würde man in dem neuen Entwurfe nur eine unbedingte Nachahmung des französischen Processes sehen, er enthält viel Eigenthümliches, und Bestimmungen des teutschen Processes sind oft mit den französ. gepaart.

Der Entwurf trennt das Verfahren, welches der Audienz vorausgeht, und in Mittheilung der Schriften unter den Anwälden besteht, von dem eigentlichen Processe vor dem Gerichte. Abweichend von dem franz. Rechte fordert der Art. 1. mit Recht nicht eine nur vom Huissier in seinem exploit entworfene Klage, sondern eine abgefon-

31) Neue Civilproceß-Gesetzgebung für das Großherzogthum Hessen, mit den Motiven der Großh. Gesetz-Redactions-Commission, 2tes Heft, herausgegeben von Florer. Darmstadt 1819. Den Inhalt des 1ten Heftes haben wir bereits in diesem Archive II. Bd. 2s H. nr. XIII. S. 174. angezeigt.

Digitized by Google

derte Klagschrift, die sich einer teutschen nähert, sogar mit Darstellung der Rechtsgründe, worauf sich die Klage stützt; obwohl sich die Rechtsgründe kaum mit dem französischen Systeme und dem Zwecke dieser vorbereitenden Periode vereinigen lassen dürften. (Die Motiven S. 14. suchen zu rechtfertigen, daß es keiner gerichtlichen Mittheilung der Klagschrift bedürfe, und die Rechtfertigung ist gegründet, wenn man die Voraussetzung einer Trennung des vorbereitenden Verfahrens von dem vor dem Gerichte zugiebt; daß aber die teutsche richterliche Proceßdirection, wenn der Richter seine Pflicht kennt und erfüllt, schon bei der Klage anfangen müsse, und wohlthätig wirke, ist nicht zu bestreiten.) — Die Insinuationen geschehen durch die Huissiers. Wenn gegen einen Ausländer zu klagen ist, so kann sich (Art. 4.) Kläger an den Staatsanwald wenden, damit dieser an die ausländische Behörde die Klagschrift sende. — Mit der Klagschrift müssen auch die Urkunden, auf welche die Klage sich stützt, abschriftlich mitgetheilt werden. (7.) — Der Termin zur Bestellung des Anwalds, und der für die Mittheilung der Vertheidigungsgründe, sind richtig getrennt. (8.) In der Antwort des Beklagten dringt der Entwurf, strenger als der franz. Proceß, auf vollständige Angabe aller Vertheidigungsgründe; (was Beklagter hier nicht vorbringt, darauf kann er sich in der späteren mündlichen Verhandlung nicht stützen,) der Umstand, den er läugnen will, muß er bestimmt, und unzweideutig läugnen. (12.) Auch Widerklage (worüber der franz. Code schweigt) ist (Art. 14.) erlaubt. Kläger hat einen Termin zur Anbringung der Replick. (16.) Beklagter hat keine weitere Schrift (Motive S. 33.) Die Parteien können hierauf die Sache an die Audienz bringen, blos durch Eintragung in das Generalregister, ohne placet des Präsidenten. In Ansehung der Contumazialurtheile ist der französ. (in den Motiven S. 44.) gerechtfertigte Unterschied beibehalten; ob schon die Bestellung eines Anwalds Statt gefunden hat, oder ob noch keiner bestellt ist; (20 — 24.) darnach ist auch die Wiedereinsetzung verschieden. (25 — 27.) Das Handeln in der Audienz beginnt dadurch, daß die Anwälde ihre schriftlich verfaßten Gesuche ablesen, und dann dem Secretär übergeben, worauf der ausführliche mündliche Vortrag der Sache folgt. (35.) Auch hier sind zwei Abweichungen vom franz. Processe. Nach geendigten Vorträgen müssen die Anwälde ihre Schriftsätze und Urkunden, die sie sich gegenseitig mitgetheilt haben, auf den Gerichtstisch niederlegen. (37.) Weitläufiger, als es im franz. Processe geschehen, erklärt sich nun das hessische Gesetz (38 — 42.) über die Fälle der verschiedenen Vertheidigung des Beklagten. Mit Verlassung der wohlthätigen Eventualmaxime giebt Art. 39. dem Beklagten das Recht, bei except.

Digitized by Google

fori declin. oder litis finitae, oder defic. legitimationis ad caus. oder defic. cautionis, ein vorläufiges Urtheil über diese Einreden zu begehren, ohne zur eventuellen Erklärung verbunden zu seyn. Art. 42. giebt mit Abschaffung der franz. interrogatoires (art. 224. Cod. de proc.) dem Kläger das Recht, den Beklagten über jede einzelne Thatsache zu befragen, ob er sie eingestehe. (42.) Antwortet Beklagter nicht, oder nicht bestimmt ablängnend, so wird dies als Einräumung betrachtet. Wenn durch neues Vorbringen des Klägers die Klage so wesentlich verändert wird, daß die Nothwendigkeit einer neuen Vertheidigung sich ergiebt, so kann Beklagter verlangen, daß er von dem bisherigen Processe entbunden, und Kläger, mit Verurtheilung in die Kosten, zur Mittheilung einer neuen Klage verwiesen werde. (45.) Findet der Vorsitzende des Gerichtes, daß in dem Vortrage des einen Theils wichtige Punkte des Vortrags des anderen Theils unberührt blieben, so kann er verlangen, daß jener sich über diese Punkte erkläre. (47.) Der Staatsanwald muß in gewissen Sachen (wie in Cod. de proc. art. 83.) mit seinem Antrage gehört werden (49.) und ist berechtigt, in jeder Sache Anträge zu stellen, und die Hinausschiebung der Audienz zu begehren [32]). Das Gericht, wenn es nicht auf der Stelle entscheiden zu können glaubt, kann die Eröffnung des Urtheils in nächster Audienz, mit oder ohne Eröffnung eines Referenten, verordnen; (51.) es kann auch weitere schriftliche Verhandlung [33]) verfügen. Im letzten Falle muß (abweichend von dem franz. Verfahren Motive S. 81.) Kläger binnen 4 Wochen seine Gerechtsame schriftlich entwickeln, giebt das Original der Schrift auf das Secretariat, und abschriftlich läßt er es dem Beklagten mittheilen; 4 Wochen von der Mittheilung an hat Beklagter dasselbe wie Kläger zu thun; es können darin neue Thatsachen und Urkunden vorgebracht werden. (55.) Das Erkenntniß muß möglichst kurz die Gründe, factischen und Rechtsgründe, enthalten, und wird vom Vorsitzenden in der Audienz eröffnet. (62.) Nur wenn eine Partei wünscht, daß im Urtheile auch der Thatbestand und die Processgeschichte in die Ausfertigung aufgenommen werde, so kann, wenn Relation erstattet wurde, die Einwirkung der

32) Darin liegt unfehlbar ein Grund der Processverzögerung. Selbst die Immediatjustizcommission hat nicht unbedingt und einstimmig auf Beibehaltung des öffentlichen Ministerii in Civilsachen angetragen.

33) Ein Fehler des franzöf. Proc. ist, daß (Art. 95.) die Anwendung des schriftlichen Verfahrens durch ein förmliches Urtheil den Parteien eröffnet wird.

Digitized by Google

Relation in das Urtheil verlangen, sonst aber muß der Anwald eine vom gegentheiligen Anwalde unterschriebene Sachdarstellung dem Secretariate übergeben (66.). (Weise ist hier das französ. Institut der qualités modifizirt worden) Das Gesetz verlangt bestimmte Beweissentenzen (67.). Mit Recht ist der Beweisfrist gegen französisches Recht Präclusivkraft gegeben worden (69.). Bei der Beweisantretung hat das Gesetz das teutsche Verfahren vorzugsweise beibehalten; die Antretung geschieht durch eine kurze Schrift, in welcher die Beweismittel, welche gebraucht werden sollen, und die Punkte des Beweises, worüber sie zu brauchen sind, mit Anträgen angegeben werden sollen. Diese Schrift wird dem gegentheiligen Anwalde eingehändigt (72.). Solcher hat 14 Tage zur Erklärung darüber und zur Antretung des Gegenbeweises.— Nach dieser Vor-Einleitung kömmt die Sache wieder in die Audienz, die schriftlichen Anträge werden in der Sitzung vorgelesen, die Parteien können dieselben mündlich entwickeln, worauf das Gericht entscheidet, und das zur Ausführung des Beweises nöthige verfügt (77), ohne daß die Verfügung der Berufung unterworfen ist (79.). Für die Aufnahme des Zeugenbeweises wird im Urtheile ein Richter deputirt (82.). Die Zeugen werden vom Richter vorgeladen, und vernommen, wie es vor den Landgerichten geschehen muß (85.). Auf ähnliche Weise wird der Beweis durch Sachverständige geführt (88. 89.). Im Falle des Nichterscheinens des Beweisführers in der Audienz nach Art. 76. kann der Gegentheil auf Desertionserkenntniß antragen (90.). Nach geführten Beweisen kann jede Partei für die Ansetzung der Audienz thätig seyn; es geschieht darin die Vorlesung der Protocolle und Aussagen, worauf die Parteien mündlich ihre Rechte ausführen können (96.). — Ueber das Verfahren in zweiter Instanz bestimmt das Gesetz, daß gegen alle Endurtheile, nach den Vorschriften über Verfahren bei den Landgerichten, Appellation Statt finde; von vorbereitenden und Zwischenerkenntnissen nur insoferne, als in dem Verfahren vor den Landgerichten sie für zulässig erklärt werden. Mit der Appellation gegen Endurtheil ist aber immer die Wirkung verknüpft, daß gegen die vorbereitenden und Zwischenerkenntnisse alle Rechte gerade so gewahrt werden können, wie es bei einer dagegen eingelegten Appellation möglich gewesen seyn würde (99.). Auch von Contumazialurtheilen hat Appellation Statt, jedoch soll ihr Gebrauch darauf beschränkt werden, um Beschwerden gegen Verhängung unrechtlicher Contumacialfolgen geltend zu machen, und dasjenige noch vorzutragen, was man durch eine Appellation von früheren vorbereitenden oder Zwischenurtheilen würde haben vortragen können (101.). Die Appellation wird zu Protocoll eingewendet; der Unter-

Digitized by Google

richter kann und muß in nicht appellablen Sachen die Unzuläßigkeit der Berufung decretiren (104.). Binnen 4 W., von dem Ablaufe der Frist für die Einwendung der Appellation an, hat der Appellant den Libell bei dem oberen Gerichte einzureichen; es sollen darin, außer der Bestellung des Anwalds, nur einfach die Beschwerden mit dem geeigneten Antrage aufgestellt werden; die Protocolle des Untergerichts sollen in Abschrift beigelegt werden (107.). Wenn der Libell übergeben ist, und wenn die A. erst. Inst. an das Obergericht eingesendet worden sind, wird vom Directorium bestimmt, ob mündliches oder schriftliches Verfahren eintreten soll (109.). Wird das erste angeordnet, so wird der Appellationslibell mit dem Duplicate [34]) dem Appellanten zurückgegeben, und er muß nun den Libell dem Appellanten einhändigen lassen. Appellat hat eine Frist zur Bestellung eines Anwalds, und eine weitere zur Mittheilung seiner Antwort (110.). Hierauf wird in der Audienz verhandelt, wie in erster Instanz. Wird schriftliches Verfahren angeordnet, so wird nur das Duplicat des Appellantenlibells zurückgestellt, welches er dem Appellaten zustellen lassen muß. In der Audienz erstattet ein [illegible]ent Vortrag, worauf die Parteien kurze mündliche Bemerkungen machen dürfen (120.). In der Appellationsinstanz dürfen nova vorgebracht werden, nur dürfen diese keine neue Klage und keine neue Einreden enthalten, wohl aber neue Beweismittel (122.). Der Appellat kann der ergriffenen Appellation adhäriren, entweder bei mündlichen Verfahren erst in der Audienz, oder bei dem schriftlichen in seiner schriftlichen Antwort (124.). Die Vollziehung eines bestätigten Urtheils gehört zum Gerichte erster Instanz, die eines abgeänderten zu dem höheren Gerichte (126.). Gegen denegatorische Decrete findet ebenfalls Berufung Statt. (127.). Um an das Oberappellationsgericht Berufung ergreifen zu können, fordert das Gesetz (129.) die Revisionssumme von 400 fl. —

§. 5.

Unter den neuesten Erscheinungen der Civilproceßlegislation verdienen noch eine besondere Aufmerksamkeit.

1) Das neue Gesetz der Republik Bern vom 6. Juni 1818., betreffend die Administrativ-Streitigkeiten [35]).

---

34) Schwerlich kann man rechtfertigen, eine förmlich zu den Akten genommene Schrift wieder zurückzugeben.

35) Unter dem Titel erschienen: Proceßform für Administrativstreitigkeiten. Bern 1818.

Digitized by Google

Es kann auffallen, daß man in Bern ein solches Gesetz zu einer Zeit für nothwendig gefunden hat, in welcher überall gegen die Administrativjustiz zu Felde gezogen wird. Die baierischen und badischen Landtagsverhandlungen beweisen die Ansichten der Nationen. Selbst in Frankreich, wo sich die sogenannten administrativ-contentiosen Streitigkeiten vorzüglich ausgebildet hatten [36]), erklären sich die besseren Schriftsteller gegen die Administrativjustiz [37]), und in den bis zu den letzten Jahren französischen, jetzt teutsch gewordenen, Rheinprovinzen spricht sich in den Gesetzgebungen, z. B. in Rheinbaiern [38]) und Rheinpreußen [39]), der Geist aus, die früheren administrativ-contentiosen Streitigkeiten an die gewöhnlichen Civilgerichte zu verweisen.

Die Bernische Verordnung handelt:

Abschn. I. Von Klagen gegen Beamte.

Wer eine Klage gegen einen Beamten, oder eine Behörde, wegen eines Gegenstandes ihrer Amtsführung hat, muß seine Klage schriftlich bei dem unmittelbaren Obern der Beamtung eingeben. Die Klage wird abschriftlich zur Verantwortung mitgetheilt. Kömmt die Klagschrift an den kleinen Rath, so kann er entweder selbst entscheiden, oder an die betreffende erst-instanzliche Behörde verweisen. Merkwürdig ist, daß nach §. 7. auch die Vormünder unter Beamten verstanden werden. Wer gegen einen Vormund also eine Klage über einen Gegenstand seiner Verwaltung führen will, wohin auch Beschwerde über Rechnung gehören, muß sich nach obiger Bestimmung richten. Klagen auf Verantwortlichkeit und auf Schadenersatz wegen vormaligen Verhandlungen eines Vogts gehören vor die gewöhnl. Civilgerichte.

Abschn. II. Von den Straffällen der Verwaltungspolizei. (gehört nicht in den Civilproceß).

---

36) S. eine vorzügliche Darstellung darüber in Code de procedure, annoté par Sirey in der Dissertation préliminaire.

37) Z. B. Berenger de la justice criminelle en France pag. 348.

38) Baierische Verordnung v. 12. Nov. 1817. im Amtsblatte des Rheinkreises 1817. nr. 38.

39) Preuß. Verordnung v. 20. Juni 1818. im niederrhein. Archiv IV. Bd. 4. H. S. 274.

Digitized by Google

Abschn. III. Von Streitigkeiten zwischen Beamtungen.

Die Beschwerden sollen schriftlich eingereicht werden bei dem kleinen Rath; die andere Behörde verantwortet sich darüber.

Abschn. IV. Von Streitigkeiten über öffentliche Leistungen.

Wird die Leistung dem Beamten verweigert, so muß er die Anzeige dem Oberamtmann machen, welcher den Beamten sowohl, als den Streitenden vorladet, und als Friedensrichter Vergleich zu stiften sucht; mißlingt dieser, so kann der Renitent im Termin von 14 Tagen seine Weigerungsgründe schriftlich einreichen; thut er es nicht, so wird Execution angewendet; thut er es, so wird die Sache als Administrativstreit nach Abschn. V. verhandelt, wenn nicht die Leistung von der Art ist, daß aus einem Aufschub ein allgemeiner Nachtheil zu besorgen wäre.

Abschn. V. Von dem ordentlichen Administrativprocesse.

Wenn eine persönliche Pflicht, oder ein Gegenstand des Privatinteresse, streitig wird, die oder welcher mit einer allgemeinen Staatseinrichtung, oder einem Zweige der Staatsverwaltung, so in Verbindung stehet, daß die Sache nicht der willkührlichen Verfügung der Partei überlassen werden kann, sondern die Möglichkeit der Einwirkung der Staatsgewalt offen bleiben muß, so gehört ein solcher Streit vor den Administrativgerichtsstand. Der ordentliche Richter ist der Oberamtmann, der kleine Rath kann aber auch andere Behörden committiren. Vor Annahme der Klage muß immer Versuch zur Ausgleichung vor dem Friedensrichter gemacht werden (27.). Die Klage kann mündlich zu Protocoll gegeben werden, oder schriftlich, mit den dazu gehörigen Urkunden und Beweisstücken. Der Beklagte soll vorgeladen, ihm Einsicht der Belege, und auf Begehren Klage und Belege, abschriftlich gegeben werden. Die Antwort muß in 14 Tagen schriftlich oder mündlich vollzogen werden, mit allen zerstörlichen Einreden und der Einlassung. Der Richter kann nach Beschaffenheit der Sache das Urtheil fällen, oder peremtorischen Termin zur Beweisführung geben, oder dem Kläger Termin zur Replik festsetzen (37.) und nach Einbringung der letzten dem Beklagten zur Duplik. Der Beweis wird angetreten durch schriftliche oder mündliche Anzeige der Beweismittel über jeden Beweissatz, Benennung der Zeugen und Bezeichnung der Fragen, deren Beantwortung Beweisführer wünscht (43.). Der Gegner wird darüber vernommen. — Zu der Zeugenvernehmung kann der Richter die Parteien vorladen oder nicht, er kann auch von Amtswegen

Digitized by Google

zweckmäßige Fragen stellen; das Protocoll wird auf Begehren jeder Partei abschriftlich mitgetheilt, und im Termin von 14 Tagen kann der Gegner des Beweisführers auch Fragen vorlegen, worüber die Zeugen vernommen werden sollen. Jede Partei ist überhaupt berechtigt, zweimal Fragen dem Richter zur Vernehmung der Zeugen darüber vorzulegen (49.); in einem Schlußtermine können die Parteien verlangen, daß die Zeugen ihre Aussage beschwören sollen [40]). Wenn dem Richter andere Zeugen bekannt sind, als die von den Parteien aufgeführten, so kann er auch diese Zeugen vorladen und verhören (52.) [41]). Der Beweis durch die Gegenpartei wird gleich dem Zeugenbeweise geführt, der Zeugenführer kann durch vorgelegte Fragen zwei Verhöre fordern und den Eid des Selbstzeugen, der jedoch die Fragen schriftlich beantworten kann (53.). — Auch Experten werden über Fragen abgehört. — Vor dem Urtheile kann der Richter noch die Parteien über nöthig scheinende Erläuterungen vernehmen (59.). Der Richter ist in seinem Urtheile an die Schlüsse der Parteien insoferne gebunden, daß er keiner mehr, als worauf sie antrug, zusprechen kann (60.). Das Urtheil soll innerhalb 14 Tagen gefällt werden. Zwischenklagen sollen nur mündlich geführt werden. — Gegen die Urtheile hat Recurs Statt, wobei wieder schriftlich verhandelt wird.

Es bedarf aber keiner Erinnerung, daß diesem Verfahren der Vorwurf der Uebereilung und Formlosigkeit sich nicht machen läßt, welcher in Teutschland bei der Verhandlung administrativ-contentioser Streitigkeiten nicht ohne Grund oft gemacht werden kann. Vielmehr leuchtet aus dem Entwurf ein reines Streben, auch in Administrativ-Streitigkeiten allen Interessenten ein volles Gehör, ernste Prüfung, und eine eben so wohl vorbereitete Entscheidung zu sichern, wie in reinen Privatsrechtssachen. Auch der voranstehende Begleitungs-Bericht des Justizrathes erweckt Achtung für diese vorschlagende Behörde und hat ein bedeutendes Interesse für den Rechtsgelehrten.

2) Ein großherzogl. weimarisches Gesetz vom 20ten April

---

40) Diesemnach müssen also auch die Zeugen oft viermal in einem Processe vorgeladen werden. Eine solche Begünstigung der Verzögerung läßt sich schwer begreifen.

41) Woher dieser Ausfluß der Untersuchungsmaxime in einem Verfahren, welches die Verhandlungsmaxime als Grundbasis überall ausspricht? —

Digitized by Google

1819, betreffend die Wechselordnung — Absch. IV. Wechselproceß [42]).

3) Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen. Bern 1819. — gleichfalls für die Republik Bern — mit einem Vorbericht.

4) Die neue Hamburgische Handelsgerichts-Ordnung v. J. 1815.

Eine nähere Darlegung und Beleuchtung dieser drei Zeitproducte der Rechtswissenschaft muß aber für einen anderweiten Heft dieser Zeitschrift ausgesetzt bleiben *).

---

42) Großh. Weim. Regierungsbl. 1819. nr. 9 — 13.

*) Hier sey ebenfalls nur im Allgemeinen, wenngleich nicht als in das Gebiet der neuen Gesetzgebung gehörig, doch als für den teutschen Proceß wichtig, auch noch erwähnt: „die Ordnung des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts zu Celle, von neuem herausgegeben und mit erläuternden Anmerkungen begleitet, von Dr. Theodor Hagemann, Königl. Großb. Hannöv. Ober-Appellations-Rath und Ritter des Königl. Guelphen-Ordens. Hannov. 1819."

Uebrigens ist das S. 222. geäußerte freudige Gefühl des Herrn Verf. ob. Aufs. nr. XVI. wohl nur zu beschränken auf das rege ernstwillige Streben der Regierungen, die Justizpflege von den Auswüchsen einer scheußlichen Schlender-Praxis, der Tochter grober Unkenntniß des hierdurch verunstalteten und von seinen Grundmaximen abgerückten teutschen Processes, kräftig zu befreien. Denn trauern muß der sein Vaterland liebende Teutsche, wenn er aus obigem entnimmt, daß jene Gesetzgebungen in drei teutschen Bundesländern drei verschiedene Wege zu obigem heilsamen Zweck einschlagen, und wenn er, erfüllt mit reiner Hochachtung für jede teutsche Regierung, als beinahe entschieden voraussiehet, jedes Bundesland wird künftig seinen eigenen gerichtlichen Proceß haben, das Ganze aber ein solches bruchstückliche Chaos seyn, welches eine gemeinsame wissenschaftl. Uebersicht und Darstellung ausschließet. Gemeinschaftliche Grundmaximen werden verschwinden; ja es wird vielleicht Mühe haben, in jeder einzeln Proceß-Gesetzgebung einen ihr eigenen Geist zu finden. Eine gestoppelte buntscheckige Mischung scheint die, zur Inconsequenz und Verwirrung führende, Grundmaxime zu werden. Nach einer kurzen Reihe von Jahren werden wir nur Baierische, Würtemberger, Badenische, Hessische, Nassauer, Weimarische, Meklenburger, Waldecker u. dgl. Rechtsgelehrte haben — aber keine teutsche Rechtsgelehrte — deshalb aber vielleicht gar keine in der nächsten Generation. Zweifel und Dunkelheiten, besondere Controversen in jedem Land und Ländchen, Seichtigkeit, Schlendrian und Willkühr, werden auf dem Fuß folgen, und der Zustand der gerichtlichen Rechtspflege wird trauriger werden, als jemals. Mögte doch diese Weisagung zu Schanden werden! —

Gensler, d. Z. Red.

XVII.

Der Entwurf einer neuen Hypothekenordnung für das Königreich Baiern. — Im Auszuge und mit Bemerkungen

Von Mittermaier.

Zu den wohlthätigen Einrichtungen, welche eben sowohl Einfluß reich auf den Privatcredit, als auf den Nationalwohlstand wirken, gehört eine zweckmäßige Hypothekenanstalt, bei welcher, wie Puchta [1]) richtig bemerkt, die Idee ihrer Einrichtung, in der Anwendung der Theorie vom Faustpfande auf die unbeweglichen Pfänder vermittelst einer besondern Aufsicht des Staates besteht. Lange schon vor der Zeit, in welcher die Gesetzgebungen umfassende Hypothekenordnungen gaben, bestanden in einzelnen Gebieten Teutschlands zweckmäßige Bestimmungen, nach welchen, unter Autorität der Behörden, häufig auch mit strenger Verantwortlichkeit des Gerichtes, eigene Grund- und Pfandbücher gehalten wurden, durch deren Einsicht sich jeder Gläubiger vom Stande des Vermögens seines Schuldners überzeugen konnte, und zugleich durch Eintragung in das Pfandbuch ein Vorzugsrecht vor allen nicht eingetragenen Pfändern nach dem Alter der Eintragung erhielt [2]). Gewöhnlich giengen diese älteren Hypothekenanstalten von dem Grundsatze aus, daß der Grundeigenthümer nicht über einen

---

1) W. H. Puchta. Anleitung zum vorsichtigen Crediriren auf unbewegliche Güter nach den Grundsätzen des preuß. Hypothekenrechts (Erlangen 1815) S. 7.

2) Manche dieser partikularrechtlichen Bestimmungen s. angeführt bei A. R. Zink de obligat. magistrat. ex consensu in hypoth. constitut. (Altorf. 1800) §. III. Trützschler Anw. zur Abfassung rechtl. Aufs. I. Thl. S. 600. Hagemann Cellisches Stadtr. S. 92. Von Holstein. Schrader Lehrb. der Holstein. Rechte II. Thl. S. 259. Von Nassau. Nassauisches Weisthum I. Thl. S. 156. v. Orth Anmerkg. zur Frankfurt. Reformat. I. Fortsetz. S. 382.

gewissen Theil des Werths seines Gutes das Grundeigenthum mit Schulden belaßen dürfte [3]. Auch in denjenigen Gebieten, in welchen im Ganzen das römische Pfandsystem [4]) als gemeines Recht galt fühlte man die Collisionen, in welche dies System mit der nothwendigen Begunstigung des Credits und der einheimischen Verhältnissen kam, und suchte durch verschiedene Bestimmungen den Gebrechen abzuhelfen, indem man entweder eine Hypothek an beweglichen Gegenständen gar nicht bestellen ließ [5]) oder die stillschweigenden Pfandrechte geradezu aufhob [6]), oder einzelne Arten derselben abschaffte, weil ihr Fortbestehen besonders nachtheilig dem Credite war [7]); während man an anderen Orten [8]) vorzüglich die Generalhypotheken als unzuläßig erklärte. — Aber auch an gröseren Hypothekeneinrichtungen, gegründet auf Oeffentlichkeit und specielle Bestimmtheit, fehlte es nicht in Teutschland, unter welchen besonders die österreichische Intabulirung sich auszeichnet. Es gehören zur Einsicht in ihr Wesen sowohl die Grundbuchspatente vom 1. September 1765, als das Landtafelpatent v. 25. November 1758. Was für die unterthänigen unbeweglichen Güter das Grundbuch mit dem dazu gehörigen Dienst- Vormerk- und Satzbuch ist, das ist für die unmittelbaren u. freien Realitäten die

---

3) Gegründete Einwendungen gegen diese vom Staate sich beigelegte Vormundschaft macht Puchta in seiner Anleitung S. 10.

4) Manche geistreiche Ansichten zur Vertheidigung des römischen Systems hat Portalis vorgebracht s. Conference du Code civil tom. VII. p. 106.

5) Z. B. Ulmisches Stadtr. IV. Thl. 1. Tit. Art. 13. Sächs. erl. ProceßO. Tit. 44. §. 2. Curtius Handb. II. Thl. S. 572.

6) Vorz. merkwürdig ist hier die Geschichte der Aufhebung dieser Pfandrechte in Sachsen. M. H. Griebner de incomod. hypoth. tacitar. Lips. 1731. Idem de argument. quae per hypothec. taci. afferuntur. Lips. 1732. Idem de incomod. hypoth. tac. in re pupiliar. Lips. 1733. J. A. Meißner vollst. Darst. der Lehre v. d. stillschweig. Pfandr. Leipzig 1804. II. Thl. S. 518.

7) Ulm. Stadtr. IV. Thl. tit. I. art. 15. Nürnb. Reform. tit. XXII. art. 2. §. 9. Müller de legib. Norimb. ad mercatut. compos. §. 4. Foke adumbrat. jur. mercator. Bremens. p. 66.

8) Ulm. Stadtb. l. c. art. 30. Von Nördlingen s. Tröltsch Anmerkungen u. Abhandl. I. S. 147 Sächs. erl. ProceßO. tit. 44. §. 1. 2. Cölnische Rechtsordnung tit. XIII. mit Einschränkung.

Digitized by Google

Landtafel mit dem Gülten- Schulden- und Instrumentenbuch [9]). Auf diese Einrichtung ist auch im neuen österreichischen Civilgesetzbuche [10]) das Pfandrechtssystem gebaut, nach welchem zur Erwerbung des Pfandrechts die Intabulirung in die öffentlichen Bücher nothwendig gehört. Einer vorzüglichen Aufmerksamkeit erfreute sich vor allen Anderen die preußische Hypothekenordnung v. 20. December 1783. Vollständigkeit, Bestimmtheit und das Streben des Gesetzgebers, jeder Bosheit und dem Mißbrauche vorzubeugen, zeichnen diese Ordnung aus, obwohl nicht blos in Rücksicht der bei der Schätzung der Güter angewendeten Grundsätze, sondern auch in Ansehung der Behandlung der stillschweigenden Pfandrechte, als der zu großen Zersplitterung, und daher der Schwierigkeit der Uebersicht, und endlich der Häufung der Formalitäten, gegründete Bedenklichkeiten sich erheben lassen. Mit Unrecht betrachten noch manche, welche mit der preußischen Hypothekenverfassung sich bekannt machen wollen, blos die Hypothekenordnung von 1783. Eine Reihe von Jahren hat in Preußen die Gesetzgebung mit wichtigen Erfahrungen bereichert, welche interessante Erläuterungen und Zusätze hervorgebracht haben. Verdienste durch die zweckmäßige Zusammenstellung der nachträglichen Gesetze haben sich Hoffmann [11]), Merkel [12]) und v. Strombek [13]) erworben, und die schwierige Lehre von den hypothekarischen Protestationen hat durch Grävell [14]) gewonnen, so wie wir in neuerer Zeit der trefflichen Schrift Puchta's [15]) eine klare Darstellung der Einrichtung des preußischen Hypothekenrechts verdanken.

Weniger Verehrer hat sich mit Recht die französische

---

9) S. hierüber v. Hauer prakt. Darstellung der in Oesterr. für d. Unterthansfach geltenden Gesetze II. Bd. S. 32 ꝛc.

10) Allgem. bürgerl. Gesetzb. II. Thl. VI. Hptst. u. dazu Zeiller's Coment. II. Thl. S. 250.

11) Hoffmann Repertorium sämmtl. das Hypothekenwesen in d. preuß. Staaten betr. Landesgesetze. Züllichau 1805.

12) J. E. Merkel Commentar zur allg. Gerichts- Deposital- u. Hypothekenordnung. II. Bd. Breslau 1817.

13) v. Strombek Zusätze und Bemerkungen zur allg. Hypothekenordnung in v. Kamptz Jahrbücher für die preuß. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft VIter Bd. S. 45 — 163.

14) M. H. Grävell systemat. Entwiklung der Theorie der hypothekar. Protestationen nach preuß. Rechte. Berlin 1815.

15) S. die Note 1. angeführte Schrift Anweisung zum vorsichtigen Crediriren.

Hypothekenverfassung erwerben können. Hervorgegangen aus dem Kampfe zweier Parteien, von welchen die eine das System des Edikts vom Junius 1771 aufrecht halten, die andere dagegen das System der in der Revolution entstandenen Gesetze bewahren wollte, kam eine Einrichtung zum Vorschein, bei welcher jede der Parteien etwas nachgegeben hatte, obwohl den Gesetzgebern nicht abzusprechen ist, daß sie oft mit Umsicht die Einwendungen beseitigten, welche für und gegen zur Sprache kamen. Gewiß enthalten die Discussionen der Redner [16]) Winke, welche jeder mit dem Hypothekenwesen beschäftigte benutzen darf. Ziemlich allgemein gestehen jedoch die mit der französischen Hypothekeneinrichtung aus Erfahrung Vertrauten die großen Gebrechen derselben, da sie auf einer unbedingten Eintragung aller Forderungen, also auch der unbestimmten, nicht einmal nach Summen genau zu schätzenden, z. B. der Pupillen besteht, und dadurch zum Nachtheile der Eigenthümer und des freien Verkehrs die Güter zu lange belastet. Inconsequent war man mit den gesetzlichen Pfandrechten verfahren. Die französische Hypothekenbewahrungsanstalt war zu sehr von den übrigen Behörden losgetrennt, stand selbstständig und ohne kräftige Aufsicht da; ihr fehlte ein gut eingerichtetes Grundbuch, so wie überhaupt alles nur von der beliebigen Instruktion abhängt, und die Prüfung mangelt. Gebunden an eine Menge von Formalitäten erzeugt sie ungeheuere Kosten, sichert den Gläubiger, der das Geld leihen will, vorzüglich wegen des langen Zwischenraums von der Ausstellung des Borderau bis zur wirklichen Einschreibung gar nicht, und wird durch die Bestimmung der Erneuerung nach 10 Jahren ungerecht [17]). — Sehr belehrend sind auch noch die nach Einverleibung der ehemals französischen und 1813 an teutsche Herrscher gefallenen Länder gegebene transitorische Verordnungen [18]), besonders verdient darunter die hannöverische Verordnung vom 29. September 1817 wegen Herstellung des Hypothekenwesens in Ostfriesland Aufmerksamkeit; sie rügt die Gebrechen der französischen Einrichtung und enthält zweckmäßige neue Bestimmungen.

Auch im Königreiche Baiern fühlte man lange schon das Bedürfniß einer auf Oeffentlichkeit gegründeten Hypothekenein-

16) Eine gute Zusammenstellung bei Maleville Comment. über das Gesetzb. Napoleons (übers. v. Bianchard) IV. Thl. S. 181 — 232.

17) S. A. v. Rehberg über den Code Napoleon und dessen Einführung in Teutschland S. 268.

18) S. civil. Archiv I. Bd. 1. H. S. 2.

Digitized by Google

richtung; aber die Ausführung der oft gemachten Vorschläge scheiterte theils an den in Baiern bestehenden Adelsverhältnissen, und an dem Institute der Siegelmäßigkeit, theils an der in Baiern eingeführten Wechselfähigkeit. Alle diese Verhältnisse mußten, wenn eine Hypothekenordnung erschien, eben so sich umgestalten, wie die Concurs- und Executionsordnung. In einigen Theilen des Königreichs galten zwar Anordnungen, welche hinreichend für das einzelne Gebiet Sicherheit gewährten, wenn nicht auch die neuere Zeit störend auf sie gewirkt hätte. In der Stadt München bestand das schon durch ein Privilegium von 1391 gegründete, dem jährlichen Rentenkaufe in der Art nachgebildete Institut der Ewiggelder [19]), daß der Gläubiger zu keiner Zeit das hingegebene Capital aufkündigen konnte. Der Mangel einer gehörigen Sorge für eine sichere Schätzung, Vermehrung der Ewiggelder, besonders der auf neue Gebäude gelegten, und ein ausgedehnter schriftlicher Proceß, raubten dem Institute manches von seinem Werthe. In Franken bestanden Consens und Lehenbücher [20]), einzelne Städte besaßen eigene Hypothekenanstalten, und das dem Königreiche einverleibte Kemptische Gebiet war durch seine Landrafelordnung [21]) gesichert. Immer fehlte es aber an einer allgemeinen Hypothekenordnung, obwohl es an Vorschlägen auch in neuerer Zeit nicht gebrach, wohin besonders die Vorschläge Reingrubers [22]) und v. Leonrad's [23]) gehören. Es war der Zeit, in welcher der König die frei vom Volke gewählten Vertreter zur ernsten Berathung über die wichtigsten Angelegenheiten zusammenrief, das langgefühlte Bedürfniß zu befriedigen. Die

19) Ueber dies Ewiggeldinstitut ein merkw. Gutachten in Bergmann's beurk. Geschichte von München im Urkundenb. nr. 115. Die Ewiggeldordnung, welche noch gilt, ist v. 19. Mai 1571. Urkunden finden sich in Monument Boic. vol. XXI. p. 101. 133. 150. 158. 245. 250. 314. Uebrigens kömmt das Institut (an einigen Orten eiserne Gelder genannt) auch in anderen Städten vor.

20) M. Weber Grundsätze des Bambergischen Landrechts (Bamberg) II. Theils 1. Abthl. 1807. S. 163.

21) S. Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königr. Baiern von Gönner u. Schmidtlein. II. Thl. nr. X. S. 85.

22) Reingruber über d. Wirkungskreis eines Landgerichts im Königr. Baiern. II. Thl. Kap. XVIII.

23) K. L. Freih. v. Leonrad Entwurf einer allgemeinen Hypothekenordnung für die Untergerichte des Königr. Baiern. Nürnberg 1817.

Digitized by Google

Verhandlungen [24]) liefern uns den Entwurf zur Hypothekenordnung, wie sie den versammelten Ständen zur Prüfung vorgelegt wurde. Nur eine Stimme [25]) hat sich öffentlich gegen einen Grundsatz des neuen Entwurfs erhoben. Während kräftig der erfahrungsreiche Puchta [26]) das angefochtene Princip in Schutz nahm, und ein Ungenannter [27]) durch Spott die Schrift von Welsch zu widerlegen suchte. Es muß dem Auslande interessant seyn die neu entworfene Ordnung kennen zu lernen. In einem folgenden Hefte liefern wir, nach dem uns zugekommenen Versprechen achtungswürdiger Praktiker, welche in verschiedenen Theilen Teutschlands wohnend, die Hypothekenverfassung verschiedener Länder kennen, und Erfahrungen und Bemerkungen über den baierischen Entwurf mitzutheilen sich verpflichteten, einen größeren aus diesen Bemerkungen sich bildenden Aufsatz.

Der Entwurf enthält 2 Titel. I Vom Rechte der Hypotheken. II Von Führung der Hypothekenbücher und vom Verfahren in Hypothekensachen.

Erster Titel.

I. Von Hypotheken im Allgemeinen.

§. 1. Das dingliche Recht, welches ein Gläubiger zur besonderen Sicherheit seiner Forderung auf eine fremde unbewegliche Sache durch Eintragung in die dafür angelegten Bücher erwirbt, ist eine Hypothek [28]). § 3. Nur auf unbeweglichen Sachen, und auf jenen fruchtbringenden dinglichen Rechten, welche von den Gesetzen den Immobilien gleich geachtet sind, und mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen, kann Hypothek erworben werden. §. 6 Bei Gütern, welche im Grundbarkeitsverbande stehen, wird zur Erwerbung einer Hyp. Einwilligung des Grundherrn erfordert.

---

24) Verhandlungen der zweiten Kammer der Ständeversammlung des Königreichs Baiern. Amtlich bekannt gemacht. München 1819. I. Heft S. 114 — 192.

25) Welsch Bedenken gegen das Princip der Spezialität einer neuen Hypothekenordnung in Baiern. München 1819.

26) Worte der Erfahrung für das Princip der Specialität bei einer neuen Hypothekenordnung in u. außer Baiern von Dr. B. H. Puchta. Erlangen 1819.

27) Dankschreiben an den Verfasser der Bedenken gegen das Princip der Spezialität, vom pension. Klosterrichter Hanns Kaspar Deutsch. Hammelburg 1819.

28) Manche interessante Bemerkungen über die preuß. Hypothekenordnung macht auch Bandel Gutachten über Vereinigung der preuß. u. baierischen Proceßordnung S. 93. Hierin tadelt er S. 96. auch den Begriff der Hypotheken, wenn man Eintragung ins Hyp.-Buch als Merkmal zum Begriff fordert.

Digitized by Google

II. Entstehung einer Hypothek.

§. 9. Zur Hyp. werden erfordert: 1) ein Rechtstitel zu deren Erwerbung, welcher entweder in einer Bestimmung des Gesetzes, oder in dem erklärten Privatwillen liegen kann. 2) Die wirkliche Erwerbung der Hyp. erfolgt durch die Eintragung in die dafür öffentlich angelegten Hyp. Bücher. §. 10. Der Rechtstitel allein bewirkt die Hyp. nicht, sondern nur das Recht, diese durch Eintragung in das Hyp.-Buch zu erwerben [29]).

III. Spezialität der Hypotheken.

§. 11. Das Recht, eine Hyp. durch Eintragung zu erwerben, insoferne es nicht durch Gesetz oder Vertrag auf bestimmte Immobilien beschränkt ist, erstreckt sich über das ganze unbewegliche Vermögen des Schuldners, gegenwärtiges und zukünftiges. Die wirkliche Hyp. aber kann im Hyp.-Buche nie anders, als für eine bestimmte Forderung auf bestimmte Immobilien eingetragen werden [30]). Jede wirklich erworbene Hyp. muß demnach eine Spezialhyp. seyn.

IV. Rechtstitel.

A.) §. 12. Zur Erwerbung einer Hyp. sind Kraft des Gesetzes und ohne ausdrückliche Einwilligung des Schuldners folgende Gläubiger berechtiget. 1) Der Staat wegen rückständiger Staatsabgaben. 2) Derselbe wegen aller aus Verwaltung des Staatsvermögens, oder durch Amtsführung, entstehenden Ansprüche gegen Verwalter, Einnehmer u. A. 3) Derselbe und die Gemeinden oder Privaten wegen Veräquation der Kriegslasten und Kriegskosten. 4) Stiftungen und Gemeinden wegen Ansprüchen an ihre Verwalter. 5) Gutsherrn wegen Forderungen an ihre Gerichtshalter. 6) Diejenigen, welche wegen Ausübung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit Ansprüche haben. 7) Brandassecuranzgesellschaft wegen rückständiger Beiträge. 8) Gutsherrn wegen rückständigen Abgaben. 9) Diejenigen, welche aus einer unbeweglichen Sache Realrechte zu fordern haben, wegen der Rückstände. 10) Minderjährige und unter Curatel stehende, wegen Ansprüche an Vormünder und Curatoren. 11) Ehefrau, wegen des bei Eingehung und während der Ehe eingebrachten Vermögens, und der Rechte, die ihr aus dem Ehevertrag zustehen. 12) Legatarien und Erbschaftsgläubiger, Miterben, wegen der Hinauszahlungen. 13) Baumeister, Bauunternehmer und Arbeiter, wegen der für Errichtung und Wiederherstellung von Gebäuden entstandenen Forderungen an Gebäuden. 14) Fabrikanten und Großhändler, wegen Forderungen an Kaufleute wegen abgegebenen Waaren. 15) Inhaber oder Pächter von Bierbrauereien, wegen Forderungen an Bierwirthe für abgegebenes Bier. 16) Wechselgläubiger, wegen Forderungen aus verfallenen Wech-

---

29) Nicht unwichtig ist die Schrift: Bemerkungen zur Hypothekenordnung für das Königr. Baiern, und zur Verordnung über die Einführung derselben. Von M. L. Wellmer, k. b. Landrichter. München 1819.

30) Nicht mit Unrecht zeigt Wellmer in d. ang. Schrift S. 20. daß der Grundsatz der Spezialität durch die Bestimmung zerstört werde, nach welcher die volle Eintragung einer ganzen Forderung auf mehreren für sich bestehenden Objecten zugleich, ohne Separation des absoluten Sicherungstheils des einen oder anderen verpfändeten Immobile, zugelassen ist.

Digitized by Google

seln. 17) Gläubiger wegen rückständigen Zinsen u. Kapital. 18) Alle Gläubiger wegen jener rückständig entschiedenen Forderungen, zu deren Vollzuge dem Gläubiger die Immission in die Güter des Schuldners zuerkannt wurde.

B.) §. 13. Durch erklärten Privatwillen kann eine Hyp. entweder im letzten Willen, oder in einem Vertrage zugestanden werden. §. 19. Keine Hyp. kann auf eine unbestimmte Summe erworben werden; daher sollen Rechte und Forderungen, deren Betrag an Kapital nicht genau bestimmt ist, nach ihrem beiläufigen (?) Betrage auf bestimmte Summe festgesetzt werden; Aenderungen können in der Folge eintreten. §. 20. Wegen der Haftungen in §. 12. nr. 6. soll auf jedem Gute, von welchem die gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, der 10te Theil des Werths als erste Hyp. eingetragen werden.

V. Erwerbung der Hypothek durch Eintragung in das Hypothekenbuch.

Die Hyp. als dingliches Recht wird durch die Eintragung erworben, und die Forderung erhält erst von dieser Zeit an die Hyp.-Rechte.

VI. Von Hypothekenbüchern.

§. 22. In das Hyp.-Buch müssen eingetragen werden: 1) bei der Sache, oder dem Realrechte (welche ein besonderes Folium im Buche erhalten) das Verhältniß, welches sich auf das getheilte oder beschränkte Eigenthum bezieht. 2) Veränderungen, die sich an den Bestandtheilen und Zugehörungen der Sache ergeben. 3) Die auf der Sache ruhenden Reallasten, Servituten. 4) Eigenthümer der Sache, mit seinem Namen, Stand und Wohnort. 5) Rechtsverhältnisse, wodurch die Befugniß des Besitzers, frei zu verfügen, eingeschränkt wird. 6) Betrag der Forderung nebst dem bedungenen Zinsfuß. §. 24. Jeder Besitzer einer unbeweglichen Sache, jeder eingetragene Gläubiger, jeder Andere, welcher ein rechtliches Interesse glaubhaft machen kann, kann von der Stelle, worauf sich sein Interesse bezieht, Einsicht nehmen und Auszüge verlangen. §. 25. Daraus entsteht die Folge, daß jede, im Vertrauen auf das öffentliche Hyp.-Buch vorgenommene Handlung, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Hyp.-Buche befindlichen Einträgen gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervorbringt, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind. §. 26. Daher kann für Forderungen an denjenigen, welchen das Hyp.-Buch als dermaligen Eigenthümer benennt, eine Hyp. gültig eingetragen werden, wenn er auch die Sache veräußert, oder einem Anderen übergeben hat. Der neue Eigenthümer muß diese Hyp. gegen sich anerkennen salvo regressu. Die eingetragenen Hyp. sind wirksam auch gegen denjenigen, welcher nachher aus einem im Hyp.-Buche weder eingetragenen noch vorbemerkten Rechtstitel, obgeachtet schon vor Eintragung der Hyp. dieser vorhanden, oder Streit anhängig war, für den Eigenthümer der Sache erklärt wird. Dagegen kann aus einem gegen den vorigen Eigenthümer begründeten Rechte eine Hyp. gegen den dritten Besitzer nicht mehr verlangt werden. Der Schuldner kann die Einreden, welche er dem Gläubiger über die Richtigkeit einer eingetragenen Hypothekarforderung entgegensetzen konnte, wider den Dritten, der die Hyp. durch lästigen Titel im guten Glauben an sich brachte, nur alsdann gebrauchen, wenn sein Widerspruch gegen die Forderung im Hyp.-Buch vorgemerkt ist. §. 27. Diese Nachtheile kann der Betheiligte dadurch abwenden, daß er, wenn der Gegenstand sich noch nicht sogleich zur wirklichen Eintragung eignet, die Vormer-

Digitized by Google

kung seiner Protestation[31]) im Hyp.-Buche bewirkt. §. 28. Eine solche hat die rechtliche Wirkung, daß von ihrer Vormerkung im Hyp.-Buche an nichts zum Nachtheil des Rechts geschehen kann, dessen Sicherung durch die Protestation bezielt wurde; §. 29. diese Wirkung bleibt bis zur Löschung im Hyp.-Buche. — §. 30. Ist eine Forderung, wodurch der Rechtstitel zur Sicherung einer Hyp. begründet wird, durch unverdächtige Urkunden oder sonst bescheiniget, die Eintragung der Hyp. selbst aber wegen Mangels einer Formalität noch nicht zulässig, so kann die Forderung im Hyp.-Buche vorgemerkt werden, was blos zur Verwahrung des Rechts auf Erwerbung der Hyp. an der Stelle, wo die Forderung vorgemerkt ist, dient. §. 31. Jede Eintragung in das Hyp.-Buch unterbricht die Verjährung zum Vortheile desjenigen, für dessen Rechte die Eintragung, Protestation oder Vormerkung, geschehen ist.

VII. Wirkungen der Hypotheken.

§. 32. Die Hypothek als dingliches Recht erstreckt sich auf die ganze Sache, worauf sie erworben ist, und auf alle Theile, so wie auf Zuwachs und Zubehörungen derselben. §. 34. Werden mit dem Hauptgute unbewegliche Pertinenzstücke vereiniget, welche vorher als selbstständige Sachen ein besonderes Blatt im Hyp.-Buche hatten, und worauf schon Hyp. eingetragen sind, so haben die Hyp.-Gläubiger des Hauptgutes darauf kein Recht. §. 37. Wird ein Gutskomplex zertrümmert, so ist kein Hyp.-Gläubiger schuldig, sich mit seiner Hyp. auf einzelne Grundstücke anweisen zu lassen, sondern er kann Zahlung des Kapitals fordern. §. 38. Vom einem Gutskomplex soll ohne Einwilligung der Gläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden. §. 40. Die Hyp. erstrekt sich gegen den Schuldner sowohl, als gegen jeden dritten Besitzer der Sache, nebst dem Kapital, auch auf Zinsen des laufenden und vorangegangenen Jahres. §. 42. Solange im Hyp. Buche nicht die Forderung gelöscht ist, kann die Verjährung derselben nicht angefangen werden. §. 43. Die Eintragung einer Hyp. entzieht dem Schuldner die Befugniß nicht, einem andern Gläubiger eine Hyp. auf dieselbe Sache einzuräumen; selbst wenn Vertrag ihn daran hindern würde. §. 44. Verfügen kann der Schuldner über die Sache, so weit es ohne Nachtheil der Hyp. geschehen kann; daher Veräußerung nur mit Consens der Gläubiger geschehen darf. §. 46. Besteht die Forderung in einem Geldanlehen, so kann der Schuldner, auch nach der mit seiner Einwilligung geschehenen Eintragung der Hyp., innerhalb 30 Tagen die Einreden des nicht empfangenen Geldes durch eine vorzumerkende Protestation gegen jeden dritten Inhaber der Forderung erhalten. §. 48 Der Gläubiger erhält durch die Hyp. das dinaliche Recht, die Befriedigung seiner Forderung aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen, kann aber auch den Schuldner persönlich belangen. §. 50 Der Gläubiger kann aus der Sache sich befriedigen, oder in den Besitz oder Genuß der Sache sich einsetzen lassen. §. 52. Das Gut, worauf eine Hyp. eingetragen ist, haftet dem Gläubiger für seine Forderung auch dann, wenn es sich in den Händen eines anderen Besitzers befindet, und dieser muß die Hyp.-Forderung bezahlen oder das Gut abtreten. §. 55. Der Besitzer kann

---

31) Trefflich erläutert ist die Lehre in Grävell's oben angeführter Schrift wozu noch die Rezens. in v. Kamptz Jahrbücher Vter Bd. S. 113. und die Antwort Grävell's in den nämlichen Jahrbüchern VIter Bd. S. 257. benutzt werden müssen.

Digitized by Google

der dinglichen Klage der Einrede, daß der Schuldner vorher ausgeklagt werden soll, nur dann entgegensetzen, wenn die Hyp. wegen einer für einen anderen gelenkteten Bürgschaft erworben wurde. §. 57. Der Vorzug der Hyp. Gläubiger richtet sich ohne alle Rücksicht blos nach dem Zeitpunkte, wie auf ein bestimmtes Gut jede Hyp. in das Buch eingetragen ist. §. 60. Ein Hyp.-Gläubiger kann, unbeschadet seines Hyp.-Rechts, den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem spätern Gläubiger abtreten, ohne die Rechte anderer Gläubiger kränken zu können. §. 61. Jeder Hyp. Gläubiger kann durch vollständige Befriedigung des ältern Hyp. Gläubigers in des ältern Gläubigers Stelle eintreten. §. 63. Reicht bei gerichtlicher Versteigerung das höchste Angebot nicht zur Befriedigung aller eingetragenen Hyp. hin, so kann jeder Hyp.-Gläubiger, welcher deswegen seine Forderung ganz oder theilweise verlieren würde, verlangen, daß ihm gegen Befriedigung aller ihm vorhergehenden Forderungen das versteigerte Gut an Zahlungs Statt zuerkannt werde. §. 64. Wird gegen den Besitzer einer mit Hyp. belasteten Sache Concurs eröffnet, so werden die Immobilien, worauf Hyp. haften, als besondere Masse gesondert, und unter die Hyp.-Gläubiger vertheilt. §. 65. Zu dieser Masse gehören auch Früchte und Renten derselben. Die Verhandlungen werden bei dem allgemeinen Concursgerichte gepflogen. §. 66. Aus den während des Concurses anfallenden Früchten werden sogleich bezahlt: alle laufenden Abgaben und Reallasten, alle Kosten, welche auf Benutzung, Erhaltung und Verwaltung, der Sache verwendet sind, und zur Zahlung der bedungenen laufenden Zinsen von den Hyp.-Forderungen. §. 67. Aus der Immobiliarmasse sind zu befriedigen: 1) Kosten der Abschätzung und Versteigerung der Sache, und Gerichtskosten, 2) die Staatsabgaben vom unbeweglichen Gute für das Jahr, in welchem der Concurs eröffnet ist, dann für Rückstand eines vorhergegangenen Jahres; 3) grundherrliche Abgaben. 4) Reallasten. 5) Beiträge zur Brandassecuranz. 6) Besoldung und Lohn derjenigen, welche im Dienste des Gemeinschuldners standen. (nr. 3 — 6 für den Zeitraum wie bei nr. 2.) 7) eingetragene Hyp.-Forderungen sammt Zinsen für obigen Zeitraum nach der Ordnung der Eintragung. 8) die während des Concurses weiter verfallenden bedungenen Zinsen. §. 68. Ist eine Forderung auf mehrere im Vermögen des Schuldners befindliche Immobilien eingetragen, so wird sie zwar bei jedem dieser Grundstücke in die Classification gestellt, jedoch bemerkt, daß sie aus dieser Immobiliarmasse nur einmal zu befriedigen sey.

VIII. Erlöschung der Hypotheken.

§. 72. Durch Ablauf der Zeit, auf welche sie bestellt war. §. 73. Wegen verspäteter Eintragung; wenn gegen den Besitzer Concurs eröffnet wird, so sind jene Hyp., welche in den letzten 15 Tagen vor dem in erster Instanz ergangenen Urtheil auf Eröffnung des Concurses eingegangen wurden, als erloschen zu betrachten; auch verlieren jene Vormerkungen einer Forderung, welche erst nach Vormerkung des gerichtlichen Vorbehalts bewirkt wurden, alle rechtlichen Wirkungen. §. 76. Durch den Untergang der Sache erlöscht die Hyp., nicht aber durch Veränderung der Form. §. 79. Durch Verzicht des Gläubigers auf die Hyp. wird die Forderung nicht aufgehoben. §. 80. Durch Tilgung des Anspruchs. §. 81. Durch gerichtlich öffentlichen Verkauf, wo die Sache frei von Hyp., die gehörig getilgt werden müssen, auf den Käufer übergeht. §. 82. Sind bei einer im Hyp.-Buche vorgemerkten Forderung 30 Jahre verflossen, und die Nachforschungen nach dem Inhaber fruchtlos geblieben, so tritt Amortisirung ein.

Digitized by Google

IX. Wirkung der Erlöschung.

§. 83. Die Erlöschung ist wirksam sobald der Erlöschungsgrund vorhanden ist.

X. Löschung der Einträge im Hypothekenbuch.

Die Löschung eines jeden Eintrags, oder Minderung der eingetragenen Summe im Hyp.-Buche, kann immer verlangt werden, entweder auf den Grund der Einwilligung desjenigen, zu dessen Vortheil der Eintrag geschieht, oder auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils.

Zweiter Titel.

I. Von Führung der Hypotheken-Büchern.

§. 86. Die Hyp.-Bücher werden von dem Gerichte geführt, welchem die Gerichtsbarkeit in unstreitigen Rechtsgeschäften über die unbewegliche Sachen zusteht, worauf die Hyp. eingetragen werden kann. §. 90. Ein Mitglied des Gerichts wird zur Führung des Hyp.-Amtes unter Aufsicht des Vorstandes beauftragt. §. 92. Das Hyp.-Amt ist auf die Hyp. und die damit verbundenen Gegenstände, so weit sie unstreitiges Rechtsgeschäft sind, beschränkt. Es kann zur Hebung der Anstände gütliche Vereinigung versuchen, muß aber zu Gericht die Parteien verweisen, sobald der Gegenstand in Rechtsstreit übergeht. §. 93. Das Hyp.-Amt hat für seine Amtshandlungen öffentlichen Glauben, §. 95. hat das Hyp.-Buch sorgfältig zu bewahren, Genauigkeit zu beobachten, §. 96. handelt nicht unaufgefordert, §. 97. es soll zur Gültigkeit der einzutragenden Rechtsgeschäfte, und zur Erhaltung der Rechte des Betheiligten mitwirken. §. 99. Das Hyp.-Amt haftet dafür, daß alles dasjenige, was bei demselben zum Eintrage in das Buch angemeldet wird, und dazu geeignet ist, in dasselbe gehörig eingetragen werde, und daß alle Auszüge aus dem Hyp.-Buche und Ausfertigungen damit vollkommen übereinstimmen.

II. Vom Verfahren in Hypothekensachen.

§. 101. Gesuche können mündlich und schriftlich angebracht werden, schriftliche Verhandlungen sind möglichst zu vermeiden. §. 102. Es soll ein Einlaufsprotocoll gehalten werden §. 103. Ueber jede unbewegliche Sache, die ein eignes Folium im Buche hat, muß ein besonderer Aktenband (Grundakten), nach der Zeitfolge geordnet, angelegt werden. §. 104. Mit Vollmachten versehen kann jeder auch für andere handeln. §. 105. Vorzüglich kann die Eintragung einer Hyp. im Namen eines Anderen verlangen 1) der Gläubiger des Schuldners, dem eine Hyp. zusteht, 2) Bürgen des Schuldners, 3) von mehreren Mitgläubiger Einer, 4) für Minderjährige, Vormünder, Verwandte, 5) für die Hyp. der Ehefrau, des Ehemanns, die Verwandten der Frau und das Gericht, welches Ehepakten aufnahm. §. 108. Protestationen dürfen auch ohne Beisein und Einwilligung des anderen Theils eingetragen werden. § 109. Die förmliche Eintragung kann ohne Beisein nur vorgenommen werden, wenn sich das Gesuch auf gerichtliche Urkunde, gerichtlich anerkanntes Testament, und rechtskräftiges Urtheil gründet, welche im Originale vorgelegt werden müssen §. 110. Die Hyp. nach Titel I. § 12. nr. 2. 4. 5. 10. kann auf bloßen Antrag der vorgesetzten Behörde eingetragen werden. §. 111 Außer diesen Fällen kann ein bloßes Gesuch eines Theils nur Vormerkung begründen, über die Eintragung ist der andere Theil zu vernehmen; wo im Falle des Versäumnisses des Termins die Eintragung geschehen kann. Auch der nachfolgende Gläubiger kann wegen geschehener Vormerkung verlangen, daß derjenige, welcher die Vormerkung bewirkte, innerhalb eines be-

Digitized by Google

stimmten Termins das Mangelnde nachtrage. §. 114. Das Hyp.-Amt hat genau jedes Gesuch zu prüfen. §. 117. Von allem, was in das Hyp.-Buch eingetragen wird, soll demjenigen, wider den es gerichtet ist, Nachricht gegeben werden. §. 118. Derjenige, zu dessen Vortheil Eintragung geschieht, kann Recognition oder Hyp.-Schein verlangen. §. 119. Auszüge aus dem Hyp. Buche sind dem Besitzer des Grundstücks, dem Lehen- und Grundherrn, jedem Besitzer eines Realrechts, jedem Gläubiger und Cessionar, desgleichen jedem Gerichte zu geben. Verlangt ein Dritter Auszüge, so muß der Besitzer der Sache vernommen werden. §. 121. Wenn Concurs vom Gerichte eröffnet wird, muß dasselbe über sämmtliche zur Concursmasse gehörige Immobilien von den Hyp.-Aemtern Auszüge aus dem Hyp.-Buche verlangen.

III. Von den Hypothekenbüchern selbst.

§. 125. Alle unter einem Gerichte gelegenen unbeweglichen Güter und gleich geachtete Realrechte müssen im Hyp.-Buche unter besondern Nummern und Blättern eingetragen werden. §. 128. Einträge auch von Zahlen sind mit Worten auszudrücken. §. 129. Nichts soll radirt oder ausgestrichen werden. §. 132. Das Hyp.-Buch hat 3 Rubriken 1) die Sache, worauf Hyp. eingetragen werden können, nebst den Reallasten, 2) Besitzer und Besitztitel, 3) Hyp. mit Inbegriff der Cessionen. §. 133 — 136. Die Sache ist genau mit der Eigenschaft der Grundbarkeit, mit ihren Pertinenzstücken u. a. zu verzeichnen, mit genauer Werthsangabe und Brandassecuranzsumme. §. 137. Gutszertrümmerungen werden nur bemerkt, aber die einzelnen Grundstücke hierauf in besondern Nummern eingetragen. §. 139. Beim Besitztitel wird auch alles angegeben, was die freie Verfügungs-Befugniß des Besitzers beschränkt, z. B. fideicommissarische Substitutionen, Vorbehalte u. A. Daher auch §. 140. Das pactum reservati dominii, oder beim Verkaufe bedungene Leistungen. §. 147. In die 3te Rubrik kommen nicht nur Hyp., sondern auch alle an der Person des Gläubigers, oder an der Forderung selbst vorkommenden Veränderungen; §. 148. Daher bei jeder Forderung 1) Betrag derselben, 2) Rechtstitel, Datum und Zinsenfuß, 3) Name, Stand, Wohnort des Gläubigers, 4) Veränderungen an der Person des Gläubigers, 5) Zahlungen oder Minderungen der Forderung, 6) Erlöschung der Hyp. §. 150. Wenn für die nämliche Forderung eine Hyp. auf verschiedene, mit einem eignen Blatte im Hyp.-Buche versehene, Güter des Schuldners eingetragen, so ist bei jedem an der Seite anzumerken, auf welchen Gütern der Forderung wegen noch Hyp. eingetragen sind. §. 159. Ein Arrest auf eingetragene Forderung gegen einen Gläubiger kann nur auf Veranlassung des Richters eingetragen, und muß dann ebenso, wie jede Veränderung in der Person des Gläubigers, dem Hyp.-Schuldners vom Hyp.-Amte gemeldet werden. §. 163 — 169. Löschungen dürfen nur auf den Grund gehöriger Legitimationen und nach vorgängiger Prüfung geschehen. §. 172. Jede Löschung wird am gehörigen Ort eingetragen. §. 174. Recognitionsscheine (Certificate, welche das Hyp.-Amt über eine geschehene Einschreibung ausstellt) müssen deutlich den Eintrag zeichnen. §. 175. Wird die einzutragende Urkunde selbst vorgelegt, so kann darauf sogleich das Certificat geschrieben werden. §. 176. Im Hyp.-Briefe (der Urkunde, die über eine in das Hyp.-Buch eingetragene Hyp. ausgefertigt wird) muß stehen 1) Name, Stand des Hyp.-Erwerbers, 2) und des Schuldners. 3) Die Sache mit Bezeichnung ihrer Qualität. 4) Rechtstitel der Forderung. 5) Summe. 6) Nummer, die sie unter den Hyp. erhalten hat. 7) Angabe, wie viele Hyp. derselben vorgehen, und wie viel sie im Ganzen betragen. 8) Das Datum der Eintragung, mit Bemerkung der Seite im Hyp.-Buche.

Digitized by Google

Beigefügt ist dem bisher extrahirten Entwurfe ein anderer zu einer Verordnung: „über Einführung der Hypothekenordnung in Baiern.“

XVIII.

Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht.

Von dem
Professor der Rechte Dr. Gesterding, zu Greifswalde.

§. 1.
Einleitung.

Die Gewalt, welche Zeit und Gewohnheit in der sinnlichen Welt üben, entbehren sie auch nicht gänzlich in der moralischen, wie denn überhaupt zwischen beiden Welten eine wunderbare Verwandschaft herrscht.

Auch in der Sphäre des Rechts kann die Zeit nicht nur durch Verjährung Befugnisse für den Einzelnen gegen den Einzelnen hervorbringen und aufheben, sondern sie kann sogar durch Gewohnheit Gesetze gründen und, was ich einstweilen als ausgemacht annehmen will, sie auch wiederum abschaffen.

Was in historischer Hinsicht Gewohnheiten aufkommen läßt, dazu wirken, beim Mangel an Gesetzen, zusammen die, zum Theil aus der Trägheit des Verstandes entspringende, Neigung der Menschen, nachzuahmen und sich von dem Ueblichen nicht zu entfernen, wobei die Besorgniß, Veränderungen mögten nachtheilig seyn, dem mit der Neigung für das Gewohnte kämpfenden Triebe nach Abwechselung einen starken Widerstand leistet, endlich die Ehrfurcht vor dem Alterthümlichen. Freilich kann ein gewisser Satz den Umständen so angemessen, so nützlich, so nöthig seyn, daß er eben deshalb aller andern Hülfe, zur Gewohnheit zu werden, entbehren kann.

In rechtlicher Hinsicht beruht das Ansehen der Gewohnheit auf dem ein für alle Mal im Voraus erklärten Willen der Staatsgewalt, daß Gewohnheiten wie Gesetze gelten sollen, der nun für uns in den Sanctionen des römischen und canonischen Rechts, welche vernünftigen Gewohnheiten diese Kraft beilegen, enthalten ist. Giebt der Regent zu dieser oder jener Gewohnheit seine Zustimmung, so wird sie dadurch zu einem geschrie-

Digitized by Google

benen Gesetz (nicht zu einer consuet. scripta, es wäre denn Gewohnheit, welche aufgehört hat, es zu seyn, weil sie Gesetz geworden ist, also zu nennen,) und erhält ohne weitere Erfordernisse die Kraft eines solchen. Kurz, es ist dann zwischen ihr und dem geschriebenen Gesetz kein Unterschied. Die allgemeine Billigung des Regenten ist also der zureichende und dabei auch der einzig mögliche Rechtsgrund der Gewohnheit, wie der neueste Schriftsteller über die Gewohnheit mit Recht annimmt [1]).

Die positiven Gesetze setzen dann auch die Bedingungen fest, unter denen durch Gewohnheit Gesetz entstehen kann. Was sie aber über Gewohnheitsrecht enthalten, ist im Grunde sehr einfach, und läßt sich am Ende in Einen kurzen Satz bringen. Es muß ein gewisser Satz von Alters her oder seit langer Zeit als Gesetz beobachtet seyn, dann hat er im Allgemeinen die Kraft eines solchen, vorausgesetzt, daß er vernünftig ist. Zu diesem Resultat gelangt man aber erst nach mancherlei Umwegen; geht es in's Einzelne, so wird die Sache schwierig; man findet bald hier, bald dort Anstoß; besonders ist man genöthigt, durch eine Menge falscher Lehrmeinungen sich hindurch zu arbeiten. Denn da die Gesetze über Gewohnheit theils dürftig, theils Mißdeutungen unterworfen sind, so hat dieser Stoff die Rechtsgelehrten von jeher sehr gereizt, ihre Kräfte daran zu üben, und bei der Menge verschiedener Schriftsteller fehlt es natürlich an einer Menge abweichender Meinungen nicht.

Der neueste Schriftsteller über diese Materie ist Klötzer [2]). Von ihm ist mit Recht zu rühmen, daß er auf diesen zwar häufig, doch nicht genug bearbeiteten Zweig unsrer Wissenschaft mit Erfolg belohnten Fleiß verwandte. Es wäre zu wünschen gewesen, daß es ihm gefallen hätte, mehr gedrängt, mehr rein und einfach zu schreiben. In Ansehung der Sache selbst ist ihm nach meinem Urtheil Vieles wohl gelungen; die Hauptideen halte ich im Allgemeinen für vollkommen richtig; über Manches denke ich anders. Doch, zu wiederholen was er lehrt, fühle ich eben keinen Beruf; ich will mich darauf beschränken, hinzuzusetzen, was er mir übrig ließ; auch Einiges zu berichti-

---

1) Diese richtige Ansicht findet sich auch in der Recension von Glück's Comm. über Günther in der Jenaischen Lit. Ztg. vom 3. Nov. 1812. Daß sie auch die gesetzliche sey, könnte allenfalls durch das canonische Recht, und zwar durch das in einer Note noch in extenso mitzutheilende cap. 1. de constitut. in 6to erwiesen werden.

2) Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, Jena 1813.

Digitized by Google

gen suchen. Dabei gestehe ich durch Stillschweigen noch nichts zu.

§. 2.

Unterschied zwischen Gewohnheit u. Lex tacita.

Um dadurch zu beweisen, daß die, nach der Meinung mancher Rechtsgelehrten, zur Gewohnheit erforderliche specielle Einwilligung des Regenten das Wesen derselben aufheben würde, unterscheidet Klötzer [3]). Gewohnheit und lex tacita, wovon er sagt, daß man sie bisher von der Gewohnheit nicht unterschieden habe, meint jedoch, zu den Zeiten der Republik habe jede Gewohnheit unbedenklich als lex tacita angesehen werden können.

Die Theorie kann allenfalls den Begriff einer lex tacita, d. h. eines vom Gesetzgeber rebus ipsis et factis gegebenen Gesetzes, aufstellen; aber ob dieser Begriff einen practischen Werth habe, daran ist sehr zu zweifeln. Bloße Facta mögten schwerlich von der Art seyn, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden könnte, es sey der Wille des Gesetzgebers, dieser oder jener Satz solle auch für die Zukunft zur Richtschnur dienen. (Und dabei will ich nicht einmal gedenken, daß, wenn es auch möglich wäre, es in dieser Sphäre nicht schicklich seyn würde, den Willen anders zu erklären, als auf die vollkommenste Art.)

Selbst in einer Republik kann nicht füglich von einer wahren lex populi tacita die Rede seyn, und nur soviel ist richtig, daß Julianus [4]) die gesetzliche Kraft der Gewohnheit aus dem stillschweigend erklärten Willen des Volks ableitet, oder sie dadurch rechtfertigt. In Gemäßheit dieser Stelle nahmen ältere Rechtsgelehrte an, die Gewohnheit enthalte legem populi tacitam, woraus übrigens noch nicht folgt, daß sie die Begriffe beider mit einander verwechselt haben.

Die Aeußerung des Julianus paßt nicht auf den Zustand des römischen Volks unter Hadrian, zu dessen Zeiten Julianus lebte, weshalb auch Klötzer [5]) annimmt, Julianus rede nicht von Gewohnheiten überhaupt, sondern von den bestimmten Gewohnheiten, die sich noch aus den Zeiten der freien Republik herschrieben; allein Julianus redet in der That allgemein, er legt der Gewohnheit und dem darin enthaltenen Volkswillen noch jetzt die Kraft bei, Gesetz zu ma-

3) A. a. O. S. 75. und folg.

4) L. 32. D. de leg.

5) A. a. O. S. 57.

Digitized by Google

chen; was ich näher auseinander zu setzen nicht nöthig finde, da die Stelle nicht klar genug ist, es besonders auch schon aus demjenigen erhellet, was er von der Entwöhnung lehrt [6]), und dann paßt seine Aeußerung auch noch ebensowenig auf die römische Verfassung zu den Zeiten der freien Republik, nicht einmal auf eine reine Democratie, war hier indessen einerlei ist.

Selbst in solchen Staaten, in welchen die höchste Gewalt und das Recht der Gesetzgebung sich beim ganzen Volk befindet, kann daraus, daß eine gewisse Regel bei vorkommenden Fällen bisher beobachtet worden, mit Sicherheit nicht geschlossen werden, daß sie auch zum Gesetz für die Zukunft dienen solle, sondern nur allenfalls, daß im Volke eine solche Einrichtung bisher für nützlich gehalten worden. Auch läßt es sich nicht wohl als möglich denken, daß eine Gewohnheit mit Uebereinstimmung aller Mitglieder des Staats, oder aller derjenigen, denen die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt zusteht, entstehen könne, zumal sie erst im Verlauf der Zeit zu Stande kommen kann, auch ohnehin nicht alle in den Fall kommen, die Handlung vorzunehmen, oder gar zu wiederholen, wovon eben die Rede ist, so daß es den meisten selbst an der Gelegenheit fehlen wird, ihre Einwilligung oder Misbilligung zu erklären. Es darf nicht einmal erwähnt werden, daß Gewohnheiten gewöhnlich nicht allgemein sind, sondern sich nur auf einen kleinen Theil des Staats beziehen, und diejenigen, durch welche die besondre Gewohnheit eingeführt wird, so wenig berechtigt sind, für einen Theil des Staats Gesetze zu geben, als für den ganzen Staat, und, was das ganze Volk betrifft, wenn in diesem oder jenem Theil des Staats Handlungen derselben Art noch so häufig wiederholt sind, will wenigstens das ganze Volk deshalb noch nicht, daß dadurch ein Gesetz entstehe. Besonders kömmt aber in Betrachtung, daß auf allen Fall die bloße Beobachtung eines gewissen Satzes doch immer die Art nicht ist, wie Gesetze in Freistaaten, und namentlich in einer respublica popularis, zu Stande kommen. Man kann ja auch in Republiken, und besonders in Demokratien, die Herrscher von den Unterthanen unterscheiden. Nur insoferne das Volk im Ganzen und auf die verfassungsmäßige Art handelt, herrscht es; der Einzelne ist Unterthan.

Handelt es im Ganzen und blos in der Absicht, Gesetze zu machen, so kann man auch nur annehmen, daß es mit ge-

---

6) Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem *abrogentur*.

Digitized by Google

höriger Ueberlegung zu Werke gehe, wohingegen bei Gewohnheiten der Eine nachmacht, was der Andere ihm vorgethan.

Es kömmt also immer darauf zurück, von welcher Art die Verfassung eines Staats auch seyn mag, Gewohnheiten als Gesetze können nicht anders gelten, als wenn ein geschriebenes Gesetz ihnen Gesetzeskraft beilegt, oder m. a. W. dem Volk, wer davon es auch seyn mag, die Macht zugesteht, durch bloßen Gebrauch Gesetz zu machen.

§ 3.

Erfordert die rechtliche Gewohnheit Handlungen, die opinione necessitatis vorgenommen sind?

Wenn die Rechtsgelehrten erfordern, die Handlungen, aus denen eine Gewohnheit entstehen soll, müßten opinione necessitatis vorgenommen seyn, und dies so verstehen, die Handelnden müssen die Meinung gehegt haben, ihnen liege die Verbindlichkeit auf, also zu handeln, welche besonders an dem (vergeblichen) Widerspruch erkennbar seyn soll, gleichwohl aber lehren: eine Gewohnheit müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen; so ist es auch mir immer aufgefallen, was der oftерwähnte Schriftsteller [7]) rügt, daß sie mit sich selbst in Widerspruch stehen, weil ja dann nie eine rechtliche Gewohnheit entstehen könnte, indem jede ursprünglich auf einem Irrthum beruhen würde. Denn, war der Satz, worauf die Gewohnheit gerichtet ist, schon zuvor den Gesetzen gemäß, so bedurfte es der Gewohnheit nicht, und er gilt fortan nicht vermöge der Gewohnheit, sondern vermöge des Gesetzes, welches durch die Gewohnheit nur unterstützt wird, dieser Stütze jedoch nicht bedarf. War er es aber nicht, so irrten die Handelnden, und folglich sind ihre Handlungen nicht tauglich, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Ueberhaupt entbehrt jener Satz, auf die angeführte Art verstanden, eines hinlänglichen Grundes. Wohl aber, glaube ich, kann man sagen, **die Handelnden müssen einen gewissen Satz als Gesetz befolgt haben**, nicht als sey er ein Gesetz, sondern als solle er eins seyn. Denn, es liegt doch immer bei dem Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, daß **das Volk** durch den Gebrauch **ein Gesetz macht** [8]), was freilich in Republiken, wie in monarchischen Staaten, nur auf Autorisation der Staatsgewalt geschehen kann.

---

7) **Klötzer** a. a. O. S. 196.

8) L. 32. §. 1. L. 35. D. de leg. — — Quid interest, suffragio **populus voluntatem suam declaret**, an rebus ipsis et factis. —

Digitized by Google

Indem man den Satz aufstellt, die Handlungen müssen opinione necessitatis vorgenommen seyn, wird zugleich bemerkt, daß willkührliche Handlungen, z. B. was per modum precarii, oder aus Mitleiden, Freundschaft, Menschenliebe, geschehen, oder was durch Vergleich oder Vertrag bewilligt worden, nicht tauglich sey, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Der angeführte Schriftsteller hingegen lehrt: ein Vertrag könne in Beziehung auf dritte Personen eine Gewohnheit begründen, und zwar, wenn ich ihn anders richtig verstehe, nicht, daß dies oder jenes geschehen müsse, sondern daß es geschehen oder unterbleiben könne [9]).

Mir scheint es, die Lehre von der Gewohnheit sey auch in dieser Hinsicht noch nicht gehörig aufgeklärt, die Wahrheit könne auch nur dann erkannt werden, wenn man sich an den oben aufgestellten einfachen Satz hält: zur Gewohnheit gehöre, daß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt sey. Willkührliche Handlungen würden durch den falschen Satz, wornach die Handlungen opinione necessitatis, d. h. in der Meinung von dem Daseyn einer verbindlichen Norm, vorgenommen seyn müssen, ausgeschlossen seyn, aber durch den wahren Satz: es muß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt seyn, sind sie es keinesweges. Im Gegentheil gehören grade willkührliche Handlungen zur Begründung einer Gewohnheit und unwillkührliche sind ausgeschlossen. Sollen also Handlungen der angeführten Art nicht tauglich seyn, ein Gewohnheitsrecht zu begründen, so muß der Grund davon anders worin liegen, als darin, daß sie actus arbitrarii sind. Dieser Grund kann kein andrer seyn, als daß die Handelnden die Absicht hatten, ein Gesetz zu gründen.

Ist aber diese Absicht durch die Natur jener Handlungen wirklich als ausgeschlossen anzunehmen? Diese quaestio facti wird im Allgemeinen zu bejahen seyn. Was indessen den Vertrag betrifft, so kann dabei eine Gewohnheit zum Grunde liegen, so, daß das Versprechen eine Folge derselben ist. M. a. W. der Vertrag wiederholt blos, wozu, vermöge der Gewohnheit, der eine berechtigt, der andre verpflichtet ist. Es kann aber auch seyn, so scheint es mir fast, daß die Gewohnheit grade darin besteht, Vertragsweise so etwas zu versprechen. Im erstern Fall führt der Vertrag keine Gewohnheiten ein, sondern erkennt sie als vorhanden an; im zweiten Fall kann eine Gewohnheit entstehen. Es kann endlich auch seyn, daß der Vertrag blos auf die Personen der Contrahenten seine Wirkung einschränkt, indem er sich weder auf Gewohnheit gründet, noch

---

9) S. Klötzer a. a. O. S. 200 folg.

Digitized by Google

die Absicht darauf gerichtet ist, ein Gesetz einzuführen; und das wird grade der gewöhnliche Fall seyn.

§. 4.

Hindert Irrthum die Entstehung einer Gewohnheit?

Den Satz, daß die Gewohnheit nicht auf einen Irrthum sich gründen müsse, bestreitet Klötzer [10]). Die hieher gehörige Stelle der Pandekten [11]) beziehe sich blos auf das Erforderniß der Gewohnheit, daß sie vernünftig seyn müsse. Wer eine unvernünftige Gewohnheit für vernünftig halte, irre sich, und von einem Irrthum dieser Art, den Klötzer einen objectiven nennt, sey in der angeführten Stelle nur die Rede. Ein Irrthum andrer Art, ein subjectiver Irrthum, wie Klötzer ihn nennt, komme nicht in Betrachtung; an diesem nehme der Staat kein Interesse.

Es könnte immerhin seyn, daß jene Stelle die gewöhnliche Theorie nicht bestätigte; deshalb kann der Satz selbst doch wahr seyn. Ihn hat Klötzer keineswegs widerlegt, sein Beweis ist nicht gegen den Beweissatz, sondern nur gegen das Beweismittel gerichtet.

Aber auch selbst das scheint mir noch keineswegs ausgemacht, daß jene Stelle die Lehre nicht bestätigen sollte, ein Gewohnheitsrecht müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen.

Zwar, glaube ich, kommt das Wort: error hiebei nicht in Betrachtung; desto mehr kommt aber in Betrachtung das Wort: ratio. Ratio ist nämlich hier ein vernünftiger Grund und error das Gegentheil, Unvernunft, Mangel eines vernünftigen Grundes, mit einem positiven Zusatz [12]). Die Stelle will also sagen: Was ursprünglich auf keinem vernünftigen Grunde beruht und durch Gewohnheit beibehalten ist, dient nicht zur Norm, die auch für die Zukunft oder für andere Fälle beizubehalten wäre. Nun aber scheint es mir, was auf Irrthum beruht, habe auch keinen vernünftigen Grund; denn der Grund ist ja dann eine falsche Vorstellung. Eine falsche Vorstellung kann man kaum einen wahren Grund nennen und also kann man auch sagen, die auf Irrthum beruhende Gewohnheit habe gar keinen Grund.

---

10) S. 134. folg.

11) L. 39. D. de leg. Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

12) In L. 4. C. quae sit longa consuet. heißt es: consuetudo praecedens et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est.

Digitized by Google

Ganz von dieser Stelle und dieser Auslegung derselben abgesehen läßt sich der Satz: die Gewohnheit müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen, noch auf andre Art erweisen. Es liegt, wie ich schon erwähnt habe beim Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, das Volk habe die Absicht ein Gesetz zu machen. Diese Absicht hindert der Irrthum, und wenn das Volk einen gewissen Satz befolgt, weil es in dem Wahn steht, er sey den bestehenden Gesetzen gemäß, so hat es ja den Willen nicht ihn zum Gesetz zu erheben, sondern will ein Gesetz, was, seiner Meinung nach, schon vorhanden ist, blos befolgen. Es offenbart sich hier dann nicht die Meinung des Volks, dies soll Gesetz und Regel für uns seyn; — und wenn auch nicht grade nöthig seyn mögte, daß diese Meinung positiv sich ergiebt muß doch, so scheint es, nicht wie hier, der Mangel derselben sich hervorthun.

Beim geschriebenen Gesetz wurde es zwar nicht darauf ankommen, ob irrthümliche Vorstellungen des Gesetzgebers ihn bewogen, es zu geben; aber dieser hat doch immer die Absicht, es zu geben, wenn auch Irrthum es war, der ihn dazu verleitete.

§. 5.

Von der Kraft der Gewohnheit.

1. Ergänzung mangelhafter Gesetzgebung. Analogie beim Gewohnheitsrecht.

Die Gewohnheit hat Gesetzeskraft vermöge der positiven Gesetze, namentlich des römischen und canonischen Rechts, sie hat sie aber nur, wie Klötzer bemerkt, so weit diese Gesetze sie ihr beigelegt haben. Das ist an und für sich richtig. Man kann also nicht sagen, die Gewohnheit hat vim legis, folglich hat sie alle die Wirkungen, die ein Gesetz, ein geschriebenes nämlich, auch hat. Nein, es ist eine historische Frage, welche Wirkungen der Gesetze ihr actu beigelegt sind.

Ohne Zweifel gehört zu den Wirkungen der Gewohnheit, daß dadurch neue Rechtsnormen eingeführt werden können, und zwar solche, wodurch die Mängel der Gesetzgebung ergänzt werden. Wo es an geschriebenen Gesetzen fehlt, gilt, was durch Gewohnheit eingeführt ist [13]). Die eigentliche Sphäre des Gewohnheitsrechts ist also das Feld, was das Gesetz ihr übrig gelassen hat. Es ist m. a. W. eine Rangordnung zwischen beiden; zuerst kömmt das Gesetz, dann die Gewohnheit.

Wenn dies richtig ist, wie sich in der Folge bestätigen wird,

---

13) L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

Digitized by Google

so könnte die Frage entstehen, wenn ein Fall vorkäme, welcher in dem Umfange eines geschriebenen Gesetzes nicht enthalten, jedoch dem darunter begriffenen Fall ähnlich wäre, es wäre aber ein Gewohnheitsrecht vorhanden, was für jenen im Gesetz nicht enthaltenen Fall eine Bestimmung enthielte, was dann den Vorzug habe, die analogische Anwendung des geschriebenen Gesetzes, oder das Gewohnheitrecht? Auf der einen Seite schreiben die Gesetze dem Richter vor, ein Gesetz auf darunter nicht begriffene, jedoch ähnliche Fälle anzuwenden, und man kann es so ansehen, als sey diese Anwendung dem Gesetz selbst gemäß, was auf solche Art angewandt wird [14]). Allein auf der andern Seite ist die Anwendung eines Gesetzes auf ähnliche Fälle doch nur ein durch die Gesetze gebilligter Nothbehelf. Jene Vorschrift gilt nur in subsidium, nämlich: wenn es für diesen Fall an einem eignen Gesetz fehlt. Es können nämlich die Gesetze nicht auf alle mögliche Fälle, die etwa vorkommen können, Bedacht nehmen. Kömmt nun so ein Fall vor, der in dem Umfange eines Gesetzes nicht enthalten ist, so war es natürlich, daß zur Abhelfung dieses Mangels der Richter auf diejenigen, Gesetze hingewiesen ward, welche von ähnlichen Fällen handeln [15]). Es fehlt aber an einem eignen Gesetz nicht, wenn ein Gewohnheitsrecht vorhanden ist, welches für Fälle dieser Art eine Bestimmung enthält.

Indem die aufgeworfene Frage zum Vortheil des Gewohnheitsrechts zu entscheiden ist, giebt dies zugleich Gelegenheit, die Bemerkung zu machen, daß nicht blos bei geschriebenen Gesetzen eine Entscheidung nach der Analogie Statt finde, sondern daß das Gewohnheitsrecht ihnen auch darin gleich kömmt, daß es auf ähnliche Fälle auszudehnen ist [16]), versteht sich auf solche, die das Gesetz und auch das Gewohnheitsrecht unbestimmt gelassen hat.

---

14) L. 26. D. de leg. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. L. 27. D. eod. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper *quasi* hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

15) L. 10. 11. 12. 13. D. de leg.

16) L. 32. pr. D. de leg. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Anton Faber ad h. l. (Rationalia tom. I. p. 43.)

Digitized by Google

§. 6.
Fortsetzung.
2. Die Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze.

Daß die Gewohnheit die Kraft habe, einem dunkeln geschriebenen Gesetz einen bestimmten Sinn zu geben, lehrt das römische Recht zu deutlich, als daß daran gezweifelt werden könnte [17]). Es ist dies aber ein Satz, der uns nur deshalb nicht auffällt, weil wir so sehr daran gewöhnt sind. Unbekannt mit dem römischen Recht würde wohl schwerlich ein Gesetzgeber, geschweige denn ein Rechtsgelehrter, darauf verfallen, dem bloßen Gebrauch die Kraft beizulegen, den Sinn eines Gesetzes zu bestimmen. Mir wenigstens scheint die Auslegung geschriebener Gesetze durch ungeschriebenes Recht eine seltsame Unregelmäßigkeit des römischen Rechts zu seyn.

Ein Gesetz authentisch interpretiren kann nur derjenige, der es gab. Daraus folgt nun, ein geschriebenes Gesetz kann nur durch ein geschriebenes Gesetz interpretirt werden, sonst fällt Identität des Subjects, mithin interpretatio authentica weg.

Ein Gesetz auslegen kann zwar auch der Rechtsgelehrte nach den Regeln der Kunst. Hier aber handelt es sich nicht von einer nach den Regeln der Kunst zu veranstaltenden Auslegung, die dann auch einer Prüfung unterliegen, und besserer Erkenntniß weichen müßte, sondern von einer solchen, deren Gültigkeit blos darauf beruht, daß sie gebräuchlich, und die daher auch keiner Verbesserung fähig ist. Darf das Volk ein Gesetz auslegen, was der Regent gab, ohne dabei an Regeln gebunden zu seyn, so ist es ja in die Macht des Volks gegeben, den wahren Sinn des Gesetzes, mithin das Gesetz selbst, bei Seite zu setzen. Es entsteht eine Zwittergattung von Interpretation, wobei man in Verlegenheit ist, wohin man sie bringen soll, da sie zur authentischen Interpretation nicht gehört, deren Natur und Kraft sie sich gleichwohl anmaaßt, sondern zur interpretatio heteroteutica, und doch die wissenschaftliche von ihr nichts wissen, sie für ihre Schwester nicht anerkennen will, so daß sie genöthigt ist, sich zwischen beide gewaltsam einzudrängen. Nur insofern kann Usualinterpretation Werth haben, als sie mit dem Gesetz von gleichem Alter ist, wenigstens aus einer Zeit herrührt, von welcher glaublich ist, daß man den Sinn des Gesetzes besser als jetzt kennen konnte. Dann wäre sie aber nicht sowohl von Werth, weil sie die gewöhnliche ist, oder auf Gewohnheit beruht, als wegen der Wahrscheinlichkeit besserer Erkenntniß. Auch davon abgesehen, kann

17) L. 37. 38. D. de leg.

es rathsam seyn, die gewöhnliche Auslegung nicht zu verlassen [18]), wenn man nicht eine offenbar bessere an deren Stelle setzen kann, damit das Recht zum grossen Nachtheil des Staats nicht unsicher und schwankend sey [19]). Aber man muß ihr doch nicht grade Gesetzeskraft beilegen, wodurch, obwohl die Zeit die Mängel derselben nicht heilen kann, auch eine unvernünftige und offenbar verwerfliche Auslegung in Schutz genommen wird.

Freilich, wenn der Regent der Usualinterpretation seine Zustimmung giebt, wird sie dadurch zum Range einer autentischen erhoben; aber das kann doch nicht gerechtfertigt werden, wenn er ihr im Voraus und im Allgemeinen gesetzliches Ansehen giebt, und davon ist hier grade die Rede; denn eine specielle Billigung dieser oder jener Auslegung ist von einem geschriebenen Gesetz so wenig als die Gewohnheit überhaupt zu unterscheiden. Indessen, wenn es einmal Grundsatz ist, der Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes beizulegen, wenn sie sogar Gesetze aufheben kann, so ist es wenigstens consequent, ihr auch in Hinsicht auf Auslegung gesetzliches Ansehen mitzutheilen.

Aber, es stößt mir ein Zweifel auf! Ist es denn wirklich wahr, daß nach dem neuern römischen Recht die Gewohnheit noch die Kraft habe Gesetze auszulegen, so daß diese Auslegung gesetzliches Ansehen hat? Daran könnte einigermaaßen gezweifelt werden. Ich will mich nicht bei einem Rescript der Kaiser Valentinian und Martian aufhalten, welches im Codex aufbewahrt ist [20]). Es würde den Einwand zulassen: Unius positio non est alterius exclusio. Aber es giebt ein anderes, von Justinian herrührendes, vom Jahr 529, was durch seinen Inhalt jenen Einwand auszuschliessen scheint. Hier handelt Justinian von der Auslegung der Gesetze, die durch

---

18) Hieher scheint zu gehören der Ausspruch des Paulus: Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt. L. 23. D. de leg.

19) Omnis mutatio in republica periculosa est, ut dicebat Plato, sed legum periculosissima, quia sunt columnae et fulcra reipublicae, bemerkt Anton Faber zu seiner Stelle (Rationalia in Pand. tom. I. p. 40.).

20) L. 9. C. de leg. Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab Imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.

Digitized by Google

den Regenten geschieht, und läßt sich darüber L. 12. §. 1. Cod. de legibus folgendermaaßen vernehmen: Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si Imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi Regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurratur? et quare omnes ambiguitates judicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere, et omnibus aperire idoneus esse, videbitur nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum, solus Imperator juste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus: quia et eis hoc majestas Imperialis permisit.

Sagt hier nicht Justinian ausdrücklich, nur der Regent allein kann gegenwärtig noch Gesetze geben, und ihm allein steht es zu, sie auszulegen? Wird dadurch nicht die Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze, ausgeschlossen? Und kann die Lehre der Pandecten mit diesem Ausspruch des Codex bestehen, muß sie nicht vielmehr als veraltetes Recht dem neuern Gesetz weichen? Besonders scheint das Princip, woraus der Satz: dem Regenten allein stehe das Recht der Auslegung zu, als Folgerung geflossen ist, nämlich, daß dem Regenten jetzt nur allein die Macht zustehe, Gesetze zu geben, mit der Fortdauer der Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze mit gesetzlichem Ansehen, fernerhin nicht verträglich zu seyn. Vergebens würde man einwenden, die Stelle des Codex würde zuviel beweisen, weil, wenn dem Regenten allein die Macht der Auslegung zusteht, auch der Rechtsgelehrte und Richter nicht berechtigt seyn würde, die Gesetze auszulegen. Denn es versteht sich, daß Justinian nur von einer solchen Auslegung spricht, die durch sich selbst gilt, keinen Zweifel übrig läßt, und auch für die Zukunft zur Norm dient, wie auch der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich genug ergiebt.

Indessen, bei allem dem glaube ich doch nicht grade, es

Digitized by Google

sey des Kaisers Meinung gewesen, der Gewohnheit in Hinsicht auf die Auslegung das gesetzliche Ansehen zu nehmen. Die dem Regenten mit Ausschliessung jeder andern Autorität beigelegte Macht der Auslegung ist nicht auf das Volk und nicht auf die Gewohnheit zu beziehen, sondern unter der ausgeschlossenen Auctorität irgend eine andre (untergeordnete) obrigkeitliche Behörde zu verstehen. Daß der Kaiser die Gewohnheit von der Auslegung nicht ausschliessen wollte, wird schon dadurch wahrscheinlich, daß sein Gesetz älter ist, als die Abfassung der Pandecten, und selbst, wenn seine Ausdrucke von der Art wären, daß sie unter andern Umständen jede Auslegung mit gesetzlichem Ansehen, die nicht vom Gesetzgeber selbst herrührt, ausschliessen würden, müssen sie doch nun, weil es möglich ist, die widerstreitenden Stellen durch Einschränkung zu vereinigen, mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts verstanden werden, als welches der nothwendige Zusammenhang der Gesetzgebung erfordert.

§. 7.

Fortsetzung.

3. Kraft der Gewohnheit, Gesetze aufzuheben.

Ob durch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz abgeändert, oder gar ganz aufgehoben werden könne, das ist eine von den vielen Fragen in der Lehre von der Gewohnheit, worüber die Rechtsgelehrten heftig streiten. Wer sie von sich ablehnte, den würde der Vorwurf treffen, daß er grade das Schwierigste von sich abgelehnt habe. Klötzer gehört zu denjenigen, welche die Frage verneinen; die meisten bejahen sie.

Wenn wir, bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage, die positiven Gesetze einstweilen bei Seite setzen, so läßt es sich sehr wohl hören, wenn ein Regent den Unterthanen erlaubt, gute Gewohnheiten, woran sie Gefallen finden, bei sich aufkommen zu lassen, und dadurch die mangelhafte Gesetzgebung, wie die Erfahrung es räth, zu ergänzen. Aber Gewohnheiten, welche die Gesetze zu brechen sich anmaaßen, können für keine gute Gewohnheiten gelten; sie sind es nicht in den Augen des Regenten, sie sind es an sich nicht, weil die Unterthanenpflicht dadurch verletzt wird. Ja, von allen unvernünftigen Sätzen, die es in der Welt nur geben kann, scheint es mir einer der unvernünftigsten zu seyn, wenn, zumal in monarchischen Staaten, der Gesetzgeber den Unterthanen erlaubt, die Gesetze, die er ihnen gegeben, nicht nur nicht zu befolgen, sondern sie auch sogar ipso facto aufzuheben.

Wenn wir uns dann an die positiven Gesetze wenden, um Antwort auf unsre Frage zu vernehmen, so hören wir Stimmen, die sich zu widersprechen scheinen, wodurch arme Rechts-

Digitized by Google

gelehrte Jahrhunderte hindurch von Zweifeln gequält, bald hierhin bald dorthin irre geleitet wurden.

Habe ich die Gesetze richtig verstanden, so muß die aufgeworfene Frage — bejaht werden. Wer sie bejaht, muß aber den Beweis übernehmen. Denn, da die Gewohnheit, an und für sich von gesetzlicher Kraft entblößt, sie nur insoweit mit sich führt, als selbige ihr durch das positive Recht beigelegt worden, muß das Factum, diese oder jene Kraft geschriebener Gesetze sey ihr durch allgemeine oder besondre Gesetze beigelegt, von demjenigen bewiesen werden, der es behauptet. Diesen Beweis will ich zu führen suchen, und dabei alle falschen Gründe bei Seite werfen, als deren ich ohnehin nicht bedarf. Ich berufe mich also nicht auf den allgemeinen Grundsatz: consuetudo legalis potestate pollet legis scriptae; denn das würde eine petitio principii seyn. Kein Gesetz stellt den allgemeinen Grundsatz auf: der Gewohnheit sind sämmtliche Wirkungen geschriebener Gesetze mitgetheilt. Es heißt zwar: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur [21]); aber das will doch eben nichts weiter sagen, als: die Gewohnheit gilt wie ein Gesetz, nicht grade, daß sie alle Wirkungen des Gesetzes hervorbringe. Ich sage damit immer nicht, daß der Satz nicht dem römischen Recht gemäß seyn sollte; dies lasse ich einstweilen dahin gestellt seyn; er soll erst bewiesen werden. Das Resultat des Beweises wird freilich seyn: die Gewohnheit hat alle Wirkungen geschriebener Gesetze. Denn sie hat die Kraft, Gesetze aufzuheben, also diejenige Wirkung auch, die ihr allein nur noch streitig gemacht werden konnte. Wohl aber berufe ich mich auf den Ausspruch des Julian: Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur [22]).

Zwar ist schon häufig von denjenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft, Gesetze aufzuheben, absprachen, falls nicht der Regent seine Zustimmung dazu gegeben, besonders von Pufendorf [23]) bemerkt, mit diesem Ausspruch des Julian beziehe es sich auf die frühere democratische Verfassung des römischen Staats. Das könnte immerhin wahr seyn; daraus folgt ganz und gar nicht, was sie daraus ableiten, daß der Satz selbst veraltet und nicht mehr

21) L. 32. §. 1. D. de leg.

22) L. 32. §. 1. D. de leg.

23) Obs. jur. un. tom. I. obs. 198.

Digitized by Google

anwendbar sey. Ja, er gilt allerdings; gilt, weil Justinian ihn als geltendes Recht in seine Gesetzsammlung aufnahm. Der Tadel, der daraus hervorgeht, trifft den Gesetzgeber, der einen Satz, welcher der republicanischen Verfassung angepaßt war, auf die Monarchie übertrug, hebt aber die Gültigkeit desselben keinesweges auf. Indessen sind wir oben zu dem Resultat gelangt, daß die Aeußerung des Julian, welche sich aus einer Zeit herschreibt, da die Verfassung des römischen Staats keine republicanische mehr war, auch einer solchen nicht und nicht einmal einer rein democratischen angemessen sey.

Aber freilich scheint mit der Lehre des Julianus eine bekannte Stelle des Codex in Widerspruch zu stehen und nach der Regel: Lex posterior derogat priori, sie zu überwinden. Consuetudinis, ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem [24]).

Die gewöhnlichen Versuche, beide Stellen zu vereinigen, beruhen auf leeren und unhaltbaren Hypothesen und werden daher billig übergangen. Nur soviel kann ich im Vorbeigehen doch nicht unterlassen, zu bemerken, daß der Nachdruck, den man auf die Worte: sui momento zu legen geneigt ist, wenigstens an den Basiliken keine Stütze findet, woselbst nämlich diese Worte als unnütz weggelassen sind [25]).

Zwar, zu vereinigen sind beide Stellen, das glaube ich auch; aber das Mittel dazu ist ganz wo anders zu finden, als wo man es gewöhnlich sucht.

Die Basiliken fanden beide Stelle vereinbarlich. Sie nahmen beide Stellen unter denselben Titel auf. Zuerst kömmt die Lehre des Julian, der hier jedoch nicht genannt wird; sondern Ulpian wird als Gewährsmann aufgeführt. Es heißt nämlich: Lib. Bas. II. XLI. 2. Ὥςπερ ἡθέσις του νόμου ἢ ἔγγραφός ἐστιν ἢ ἄγραφος, ὄυτω κὰι ἡ ἀναίρεσις ἄυτου ἢ δὶ ἐγγράφου γίνεται νόμου ἢ δὶ ἀγράφου, τουτ ἔστι τῆς ἀχρησίας [26]).

---

24) L. 2. C. quae sit longa cons.

25) Basil. L. II. 51. Τῆς συνηθείας και τῆς χρήσεως ἡ ἀυθεντία οὐκ ἐπὶ τοσουτον ἰσχύει, ἐς και τον λογισμὸν και τον νόμον ιπερτικᾶν. Consuetudinis ususque auctoritas tantum non valet, ut rationem vincat aut legem.

26) Sicut lex scripto vel sine scripto constituitur, ita vel lege scripta vel non scripta abrogatur, id est per desuetudinem. Bald hinterher folgt die in der vorigen Note angeführte andre Stelle.

Anton Faber [27]) unterscheidet desuetudo und consuetudo legi contraria, und glaubt, der Unterschied bestehe darin: zur desuetudo werde der tacitus consensus omnium erfordert, zur consuetudo hingegen nicht; daher könne die consuetudo legi contraria das Gesetz nicht aufheben, es sey denn, daß sie zugleich als desuetudo angesehen werden könne. Seine hieher gehörigen Worte sind: — non potest quidem consuetudo vincere legem, sed desuetudo potest eam abrogare: quia cum tacitus ille consensus populi sit lex quaedam tacita, tantam vim habens, quantam expressa; consequens est, ut quemadmodum per posteriorem legem expressam prior possit abrogari, ita et possit per desuetudinem, quasi per quandam legem tacitam. Itaque plus potest desuetudo ad legem abrogandam, quam consuetudo legi contraria, si praesupponas desuetudinem nullam esse, quomodo fieri facile potest, ut lex vigeat et consuetudo aliqua contra legem inducatur. Desuetudo enim requirit tacitum consensum totius populi, ut lex ait, consuetudo vero non item; nisi ea quae vim legis habeat. Denique potest vincere legem ea demum consuetudo, quae desuetudinem admixtam habeat, quod tamen cum fit non tam consuetudo, quam desuetudo illa est, quae vincit et abrogat legem. Ich sehe indessen keinen zureichenden Grund, weshalb anzunehmen, die Gewohnheit, wodurch ein Gesetz aufgehoben wird, erfordere mehr, als nöthig ist, ein solches einzuführen. Auch nimmt Anton Faber seine Behauptung dadurch zurück, daß er diejenige consuetudo (constitutiva) ausnimmt, welche vim legis haben soll. Seine Meinung scheint also im Grunde dahin zu gehen, die consuetudo legi contraria gelte nur dann nicht, wenn sie nicht die Erfordernisse einer gesetzlichen consuetudo an sich trägt. (Mit dem tacitus consensus omnium beziehet es sich, mit Anton Faber's Erlaubniß sey es angemerkt, nur auf eine allgemeine Gewohnheit, sie mag ein Gesetz aufheben oder einführen; dahingegen kennen unsre Gesetze auch Gewohnheiten, die sich auf einzelne Theile des Staats, auf Provinzen, Städte u. s. w. beziehen [28]); und diese werden grade die gewöhnlichen seyn. Ueberhaupt ist der consensus tacitus etwas, was nicht sowohl Bedingung der Gewohnheit ist, als vielmehr nur dazu dient, ihre Kraft zu erklären und sie zu rechtfertigen.) [29]).

27) Ad L. 32. D. de leg. (Ration. p. 43.)

28) L. 34. D. de leg. L. 3. C. quae sit longa cons.

29) Nach den zuletzt angeführten Worten der Basiliken heißt es da-

§. 8.
Episode.
Begriff der Entwöhnung (desuetudo).

Ich weiß nicht, was die Rechtsgelehrten berechtigen konnte, den rechtlichen Begriff der Entwöhnung (desuetudo) so enge zu bestimmen, daß die entgegenstehende Gewohnheit (consuetudo legi contraria) dadurch ausgeschlossen wird. Entwöhnung, in Beziehung auf ein Gesetz, ist in der That nichts anders, als Abschaffung eines Gesetzes durch Gewohnheit. Dies ist sowohl dem Geist der lateinischen als teutschen Sprache angemessen und es wird auch durch die Basiliken bestätigt, die Entwöhnung mit lex non scripta und zwar einer solchen, wodurch ein Gesetz aufgehoben wird, für gleichbedeutend zu nehmen. Die Entwöhnung kann auf doppelte Art vor sich gehen. Die eine ist von verneinender Natur, die andere setzt etwas. Die erstere ist das, was die Rechtsgelehrten ausschließlich unter Entwöhnung verstehen; die letztere bezeichnen sie durch die entgegenstehende Gewohnheit. Man kann allerdings diesen Unterschied aufstellen; nur müssen beide unter einem allgemeinen Begriff, dem hier gegebenen, vereinigt und blos als Arten Einer Gattung einander entgegengestellt werden, wobei das, was die Rechtsgelehrten unter Entwöhnung verstehen, durch Entwöhnung im engern Sinn bezeichnet werden kann.

Zur Entwöhnung in dem engern Sinne der Rechtsgelehrten gehört, daß ein gewisses Gesetz seit langer Zeit nicht befolgt oder angewandt ist, da doch Fälle genug vorgekommen sind, in welchen es hätte angewandt werden können oder müssen. (Darin stimmen wohl alle überein, weshalb ich auch auf Niemanden mich namentlich berufe).

---

selbst weiter: ἡ μακρὰ συνήθεια ἀντὶ νόμου κρατεῖ, ἐν οἷς οὐκ ἔγγραφός. — Diuturna consuetudo pro lege observatur, in quibus lex scripta deficit. Zu den Worten: Diuturna consuetudo pro lege observatur, gehört folgendes Scholion. Hoc intellige si consuetudo, quae obtinuit, non sit juri contraria.

Enantiophan. Noli existimare hoc adversari ei, quod dicitur in fine capitis praecedentis; ibi enim de desuetudine loquens ait, consuetudinem jus novum non inducere, si lex proferatur: Nam fieri quidem potest, ut per desuetudinem jure scripto non utamur, non etiam ut consuetudine contra legem utamur. Nota igitur hoc quod scitu dignum sit et frequens. Was der Scholiast eigentlich sagen will, ist undeutlich und vermehrt die Ungewißheit. Indessen scheint es fast, als ob Anton Faber's Meinung dadurch einigermaaßen bestätigt würde.

Digitized by Google

Blos dadurch entsteht sie nicht, daß Einzelne von ihrem Rechte keinen Gebrauch machten, und auf der andern Seite scheint auch dazu nicht nöthig zu seyn, daß das Gesetz bei Gericht nicht befolgt, oder gar, wie Leyser [30], behauptet, bei dem Widerspruch des Gegners vom Richter auf den Nichtgebrauch des Gesetzes erkannt sey (desuetudo contradicto judicio firmata), was auf einen Widerspruch führt, ebensowenig, wie zur Einführung einer constituirenden Gewohnheit gerichtliche Handlungen erforderlich sind, oder gar eine consuetudo contradicto judicio firmata. Ueberhaupt scheint es mir, daß im Allgemeinen alles, was von der Gewohnheit gilt, auch auf die Entwöhnung anwendbar sey. Zwar besteht die Entwöhnung in der Nichtbeobachtung eines Gesetzes (non usus), doch ist sie deshalb nicht der Mangel einer Gewohnheit; das reine Gegentheil von Gewohnheit oder Gewöhnen würde seyn Nichtgewohnheit, Nichtgewöhnen (non consuescere), wie Schweitzer [31] richtig bemerkt hat; sie ist auch nicht blos, wie Corasius [32] lehrt, der Gewohnheit sehr ähnlich, sondern vielmehr — selbst Gewohnheit, wie schon Gundling's philosophischem Scharfsinn nicht entgieng [33]) und ebenfalls Schweitzer [34]) mit Recht annimmt, diejenige Art von Gewohnheit nämlich, die auf Unterlassen gerichtet ist, und dabei unterscheidet sie sich von einer consuetudo constitutiva negativa dadurch, daß durch sie kein Rechtssatz eingeführt, sondern aufgehoben wird, indem sie sich auf ein geschriebenes Gesetz bezieht, auf dessen Aufhebung sie gerichtet ist [35]). Und, gleichwie bei der einführenden

30) Spec. q. med. 10.

31) De desuetudine liber sing. p. 58. Desuetudinem consuetudini non ita esse oppositam, ut, quod altera voce affirmatur, altera voce simpliciter negetur, eo intelligitur, quod desuescere non significet non consuescere, sed non amplius consuescere seu desisse consuescere. Die Bedeutung von Entwöhnen, eine Gewohnheit ablegen, muß man indessen wohl bemerken, hat das Wort nur dann, wenn es auf Gewohnheit bezogen wird. In der gemeinen Bedeutung bezieht es sich immer auf Gewohnheit, aber bei der rechtlichen liegt diese Beziehung ferne und es liegt dabei die allgemeinere zum Grunde, sich an das Gegentheil gewöhnen.

32) De jure civ. in art. red. Lugd. 1560. P. 3. cap. 15. p. 190.

33) Gundlingiana VII. n. 3. §. 21.

34) De desuetudine cap. 3. p. 58. seq.

35) Schweitzer de desuetudine cap. 3. p. 58. sq.

Digitized by Google

Gewohnheit die Absicht ist, ein Gesetz zu gründen, liegt bei der Entwöhnung die Absicht zum Grunde, ein solches abzuschaffen. Daß die Entwöhnung Art der Gewohnheit sey, wird abermals durch die angeführte Stelle der Basiliken bestätigt: denn sie ist ja eine Art dessen, was die Basiliken durch lex non scripta (wodurch ein Gesetz aufgehoben wird) erklären.

Die entgegenstehende Gewohnheit würde seyn, die seit langer Zeit häufig geschehene Befolgung eines Rechtssatzes, der mit einem vorhandenen geschriebenen Gesetz in Widerspruch steht, so daß beide nicht nebeneinander bestehen können. Sie ist gleichfalls auf Aufhebung eines Gesetzes gerichtet, doch nicht gradezu, sondern Folgeweise oder mittelbar.

Es schließt aber die entgegenstehende Gewohnheit nicht eben eine Entwöhnung im engern Sinn in sich wiewohl beide mit einander verbunden seyn können. Möglicherweise sind Fälle vorgekommen, in welchen das Gesetz hätte angewandt werden können oder müssen, man hat es aber nicht angewandt, sondern statt dessen einen Rechtssatz befolgt, der mit dem Gesetz in Widerspruch steht. Jene ist nicht blos Entwöhnung im allgemeinen Verstande, d. h. Abschaffung eines Gesetzes durch Gewohnheit, sondern zugleich einführende Gewohnheit, oder vielmehr sie ist das Erstere vermittelst des Letztern [36]).

§. 9.

Fortsetzung der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben. Erklärung der L. 2. C. quae sit longa consuet.

Indem nun Julianus der Entwöhnung die Kraft beilegt, ein Gesetz aufzuheben, hat er dadurch der entgegenstehenden Gewohnheit, welche zur Entwöhnung mitgehört, diese selbe Kraft beigelegt. Sollte aber das Wort desuetudo von Julian in einem engern Sinn und nicht in dem Umfang, da es die entgegenstehende Gewohnheit mit begreift, gebraucht seyn, was nicht glaublich ist, so ist seine Lehre doch auf beide zu beziehen. Denn, wenn der Volkswille ein Gesetz aufheben kann, blos dadurch, daß das Gesetz nicht befolgt wird, da es doch an Gelegenheit dazu nicht fehlte, wie sollte er denn ein Gesetz nicht (abrogando) aufheben, dadurch, daß er einen Rechtssatz zur Gewohnheit werden läßt, welcher mit einem vorhandenen Gesetz in Widerspruch steht! Ein Gesetz hört ja auf, der Gesetzgeber mag seinen Willen gradezu erklären oder

36) Man kann also sagen: es gilt 1) eine einführende Gewohnheit; es gilt 2) eine Entwöhnung; folglich gilt auch 3) eine Gewohnheit, die beides in sich vereinigt.

durch ein entgegenstehendes Gesetz (abrogando); wie sollte es denn bei der Gewohnheit anders seyn! Dort wirkt der Wille des Gesetzgebers, hier der Wille des Volks, und wenn das Gesetz dem Volk einmal die Macht beilegt, ein Gesetz nicht blos geben, sondern auch aufheben zu können, so ist es wohl sehr einleuchtend, daß es nur ganz gleichgültig seyn kann, ob das Volk diesen Willen gradezu erklärt, oder durch einen Umweg.

Wenn nun nach den Pandecten der Volkswille durch Entwöhnung ein Gesetz aufheben kann, und dies auf die entgegenstehende Gewohnheit mit zu beziehen ist, so ist es ganz unglaublich, daß der Codex sich eine solche schreiende Inconsequenz sollte erlaubt haben, die Entwöhnung im engern Sinn der Rechtsgelehrten gelten zu lassen und nur die entgegenstehende Gewohnheit (consuetudo legi contraria) zu mißbilligen; m. a. W. die Entwöhnung beizubehalten, wenn sie im bloßen Nichtgebrauch besteht, nicht aber, wenn sie in der bescheidenern Gestalt einer einführenden Gewohnheit erscheint.

Nein, ein geschriebenes Gesetz wird auch noch jetzt durch ein nicht geschriebenes aufgehoben, wie auch die Basiliken bestätigen, mag sie dann Nichtgebrauch oder entgegenstehende Gewohnheit seyn. Daher irren diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Entwöhnung in dem engern Sinn, worin sie diesen Ausdruck nehmen, die Kraft beilegen, ein Gesetz aufzuheben, der entgegenstehenden Gewohnheit aber, in Folge der Stelle des Codex, diese Kraft absprechen.

Für unsern Zweck könnte es schon genug seyn, daß die Pandectenstelle durch die Stelle des Codex nicht aufgehoben oder abgeändert ist, indessen wollen wir uns damit nicht begnügen. Indem wir weiter forschen, wird der richtige Sinn der Stelle des Codex, worüber uns die Basiliken, wie die Scholiasten, keinen Aufschluß geben, diesen Satz nicht blos bestätigen, sondern auch unsre Kenntniß des römischen Rechts positiv vermehren.

Verwerfen müssen wir die Erklärung des Anton Faber, wornach die Stelle des Codex von einer Gewohnheit sprechen würde, die noch nicht Gesetzeskraft erlangt hat, so verstand sie auch Cujas [37]); denn dieser Erklärung steht zweierlei entgegen, einmal würde die Stelle dann nichts enthalten, was sich nicht schon von selbst verstanden hätte, und besonders zweitens könnte einer Gewohnheit, welche die gesetzlichen Erfordernisse noch nicht hat, überall keine Auctoritas, und also auch keine auctoritas non vilis, beigelegt werden.

---

37) Paratitla h. t.

Verwerfen müssen wir ferner die Erklärung, wornach die anstößige Stelle von einer Gewohnheit handeln würde, die sich gegen ein gebietendes oder verbietendes Gesetz auflehnt, kein solches, was der Privatwillkühr freien Spielraum läßt, so erklärt sie Hofacker [38]). Zwar, die Zusammenstellung von lex und ratio, von denen gesagt wird, daß die Gewohnheit sie nicht überwinden könne, würde dieser Erklärung das Wort reden; allein, wenn einmal der Volkswille mächtig genug ist, ein Gesetz aufheben zu können, so sehe ich nicht, wie die Art des Gesetzes einen Unterschied begründen kann. Wenigstens wäre es sehr inconsequent, wenn die Gewohnheit nur diese oder jene Art von Gesetzen aufheben könnte, da doch der Volkswille, worauf alles ankömmt, immer derselbe ist.

Mit allem dem wissen wir noch immer nichts mehr, als, was der Sinn der Stelle nicht ist. Wie ist sie denn nun zu verstehen, die Stelle des Codex? Ich denke, der Sinn der Stelle liegt ganz nahe. Halten wir uns doch blos an die Worte des Kaisers und nehmen wir uns davor in Acht, sie mit der Aufhebung von Gesetzen in Verbindung zu bringen. Der Kaiser sagt: eine Gewohnheit überwindet das Gesetz nicht. Dies Ueberwinden setzt einen Kampf voraus. Also m. a. W. sagt der Kaiser: Wenn Gesetz und Gewohnheit gegen einander in Kampf treten, dann trägt das Gesetz über die Gewohnheit den Sieg davon. Nicht als könnte die Gewohnheit ein Gesetz nicht aufheben, das kann sie allerdings, wenn sie darauf gerichtet oder Entwöhnung (desuetudo) ist (in dem von mir aufgestellten Sinn), ebenso wie auch das Gesetz die Gewohnheit aufheben kann. Allein, es läßt sich denken, daß Gesetz und Gewohnheit mit einander in Collision kommen, wo nicht die Rede davon ist, daß eins das andre aufheben, sondern welches von Beiden in der Anwendung auf den vorliegenden Fall einander ausschließen soll. In einem solchen Fall hat das Gesetz den Vorzug vor der Gewohnheit.

Bestätigt wird diese Erklärung durch den Ausspruch des Ulpian: Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet [39]). Besonders aber dadurch, daß Julian, welcher grade der desuetudo die Kraft beilegt, Gesetze aufzuheben, damit anfängt, daß er lehrt: De quibus causis scrip-

38) Principia jur. civ. §. 126.

39) L. 33. D. de leg.

tis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est [40]).

Der Collisionsfall kann namentlich vorkommen, wenn Gesetz und Gewohnheit vorhanden sind, die den vorliegenden Fall nicht gradezu entscheiden und dann die Frage entsteht, ob er nach der Analogie des Gesetzes oder der Gewohnheit zu entscheiden sey [41]).

§. 10.

Fortsetzung.

Bestätigung durch das canonische Recht.

Auch das canonische Recht steht der Behauptung: daß Gewohnheiten Gesetze brechen, nicht entgegen, bestätigt sie vielmehr. Licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta. Cap. 11. X. de consuet.

Damit diese Stelle seine Meinung nicht widerlege, sucht Klötzer [42]) sie auf folgende neue Art zu erklären: „Unter consuetudo legitime praescripta sey hier nicht zu verstehen eine verjährte Gewohnheit, sondern eine vorgeschriebene Der Ausdruck: praescripta, sey hier also nicht Kunstausdruck, wiewohl er gewöhnlich so mißverstanden worden, sondern das Wort in der gemeinen Bedeutung zu nehmen. Der Sinn der Stelle sey mithin: die Gewohnheit könne durch eigne

40) L. 32. D. eod.

41) Da ich mich eben mit dieser Materie beschäftigte, stieß ich zufällig auf eine Stelle eines alten vergessenen Schriftstellers, die mir den Muth stärkte, diese Erklärung zu wagen, nämlich auf folgende Stelle des Stephanus Forcatulus Necyomantia jurisperiti sive de occulta Jurisprudentia, Dialog. 1. nr. 25. Quae habetur in L. 2. C. quae sit longa consuet. prima facie mihi suspecta fuit. Cum consuetudo ut posterior sic lege potior esse debeat. Quare sic libet d. L 2. C. quae sit longa cons. interpretari: ut quoties emergit factum recens, de quo lex scripta non est, neque item consuetudo servata, tunc procul dubio a simili judicandum est; quodsi ad tale negotium decidendum lex scripta et consuetudo pugnare inter se videntur tunc potius sequemur legis exemplum, quam consuetudinis. Hoc aperte probatur in l. quod non ratione ff. de legibus, quia lex quae fit consilio virorum prudentum l. j. ff de leg. in dubiis praesumitur aequior more, qui fulcitur tantum incerto usu multitudinis facit l. de quibus versic. et si qua ff. eod.

42) A. a. O. S. 115 und folg.

Kraft ein vorhandenes geschriebenes Gesetz nicht aufheben; es müsse ihr diese Kraft durchs Gesetz besonders beigelegt, oder sie in dieser Eigenschaft vom Gesetz besonders anerkannt seyn. Allein ich muß gestehen, diese Auslegung widerstrebt ganz meinem Gefühl. Oder vielmehr, es ist leicht, zu zeigen, daß sie falsch sey. Das canonische Recht legt der Gewohnheit die Kraft bei, ein Gesetz aufzuheben, wenn sie ist rationabilis et legitime praescripta. Nun könnte es aber bei einer gesetzlich anerkannten oder gebilligten Gewohnheit auf die Vernunftmäßigkeit nicht weiter ankommen; folglich kann der Pontifex eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit nicht gemeint haben. Ja, es hätte eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit auch nicht einmal eine vorgeschriebene genannt werden können."

Mich dünkt, wer sich viel um den Sinn dieser Stelle bemüht, und weit darnach sucht, dem könnte man zurufen: Nodum in scirpo quaeris! Der Pontifex sagt, was die Worte andeuten: die Gewohnheit, soll sie ein Gesetz aufheben, muß verjährt d. h. durch Ablauf einer langen Zeit (nicht etwa zum Recht, sondern) zum Gesetz geworden seyn. Unter tempus longum verstehe ich jedoch nicht grade, was in der Materie von der Verjährung ein tempus longum technisch genannt wird; denn, wiewohl es möglich ist, daß das canonische Recht wirklich an die Verjährungszeit gedacht hat, dieses von jeher die Meinung der berühmtesten Civilisten und Canonisten gewesen, solches sogar nicht unwahrscheinlich ist, wenn man die Glosse zu dieser Stelle des Codex betrachtet, sind wir doch, glaube ich, nicht berechtigt, mit Sicherheit zu behaupten, daß das canonische Recht die Verjährungszeit auf das ganz verschiedene Institut der Gewohnheit übertragen habe.

Mit dieser Auslegung steht nicht in Widerspruch das Dogma im Decret: Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex [43]), welche ähnlichen Stellen der Pandecten nachgebildet ist [44]), deren Bedeutung aus dem Obigen erhellet. (Wäre hier auch ein Widerspruch, würden doch die Decretalen, als neuer, dem Decret vorgehen.) Von den übrigen Stellen, die Klötzer anführt [45]), läßt sich dies ebensowenig sagen, sie würden immer mit derselben Einschränkung: nisi con-

43) C. 5. D. 1.

44) L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

45) §. 27. S. 105.

suetudo sit rationabilis et legitime praescripta, zu verſtehen ſeyn.

§. 11.

Fortſetzung.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft abſprechen, Geſetze aufzuheben, geſtehen ſie ihr doch meiſtens in dem Fall zu, wenn das Oberhaupt des Staats, von dem Daſeyn derſelben unterrichtet, ſie nicht mißbilligt.

Allein, aus dem bloßen Wiſſen und Schweigen kann Zuſtimmung des Regenten ſchwerlich abgeleitet werden. Er kann ja ſeine Mißbilligung blos verſchoben haben. Ja, überhaupt folgt aus dem bloßen Schweigen des Regenten nichts weiter, als daß er, welcher die Nichtanwendung der Geſetze für einzelne Fälle erlauben kann, es geſchehen ließ, daß ſie in dieſem oder jenem Fall nicht befolgt wurden. Die ſtillſchweigende Einwilligung, welche die Rechtsgelehrten aus dem Schweigen des Regenten ableiten, iſt daher keine wirkliche, ſondern eine — nicht vom Geſetz, ſondern von den Rechtsgelehrten — erdichtete. Aber Fictionen haben nur im Reich der Phantaſie ihren Werth; in der wirklichen Welt wird es heißen: der Regent willigte nicht ein. Es würde vielmehr nöthig ſeyn, daß der Regent, von dem Daſeyn der Gewohnheit unterrichtet, ſie ausdrücklich billigte und zwar in der Art, daß ſie das Geſetz ſelbſt verdrängen ſolle. Dann wäre es aber nicht die Gewohnheit, welche das Geſetz aufhöbe, ſondern der Wille des Regenten, und die Gewohnheit gäbe nur die Veranlaſſung dazu, daß der Regent dieſen Willen erklärte. Die Gewohnheit kann ein Geſetz nur aufheben, wie ſie eins geben kann, nämlich: wenn die Staatsgewalt ihr ein für allemal dieſe Kraft beigelegt hat, und eine ſolche allgemeine Billigung iſt nun in den angeführten Stellen des römiſchen und canoniſchen Rechts, welche der Gewohnheit namentlich auch dieſe Kraft beilegen, enthalten, in Folge deſſen es der beſondern Billigung dieſer oder jener einzelnen, das Geſetz aufhebenden Gewohnheit, von Seiten der Staatsgewalt auch gar nicht weiter bedarf.

§. 12.

Schlußbemerkung zu der Unterſuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Geſetz aufzuheben.

Was Geſetzen Kraft und Lebensdauer verleiht, iſt nicht ſowohl das Anſehen des Regenten, als ihre innere Stärke. Ein Geſetz, was der Vernunftmäßigkeit ermangelt, was die Erfahrung nicht als gut und zweckmäßig bewährt, iſt gar leicht der Gefahr ausgeſetzt, außer Gebrauch zu kommen, indem diejenigen, welche es befolgen oder anwenden ſollen, je mangelhafter ſie es finden, um ſo mehr geneigt ſind, ſich darüber hin-

Digitized by Google

weg zu setzen. Aber, so natürlich dieser Gang der Sache auch ist, so wenig kann doch die Staatsgewalt einen solchen Mißbrauch, zumal im Voraus und ausdrücklich, billigen und gutheißen, und wenn dies im römischen Recht dennoch geschehen, läßt es sich nur aus der besondern Art erklären, wie sich das römische Recht gebildet hat.

§. 13.

Von der Aufhebung einer Gewohnheit.

In den Schriften der Rechtsgelehrten habe ich nicht gefunden, daß sie von der Aufhebung der Gewohnheit und den Arten derselben handelten, wenigstens nicht ex professo, und will nun zu verhüten suchen, daß nach mir Jemand dieselbe Klage führe.

1) Eine Gewohnheit wird ohne Zweifel durch ein entgegenstehendes Gesetz aufgehoben. Denn, gleichwie der Grund ihres Daseyns am Ende nur auf dem Gesetz beruht, also gilt dies namentlich auch von ihrer Fortdauer. Dabei wird eine frühere ältere Gewohnheit durch ein späteres allgemeines Gesetz aufgehoben, auch wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist. Eine besondre Ortsgewohnheit wird aber durch ein allgemeines Gesetz nur dann aufgehoben, wenn es ausdrücklich gesagt ist [46]).

2) Ebenso kann eine ältere Gewohnheit durch eine entgegenstehende neuere aufgehoben werden. Hier kämpfen also Gewohnheit gegen Gewohnheit und die neuere trägt, gleich dem neuern Gesetz, den Sieg davon. Ja wenn auch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz nicht aufheben könnte, wovon wir doch das Gegentheil gezeigt haben, wäre damit nicht gesagt, daß sie eine Gewohnheit nicht sollte aufheben, wie denn überhaupt nichts natürlicher ist, als daß gesetzliche Normen auf dieselbe Art aufhören, wie sie entstehen. Doch würde ein einziger entgegenstehender Vorgang (actus contrarius) dazu nicht hinlänglich seyn, als welcher die Gewohnheit auch im Entstehen nicht hindern kann [47]). Es muß vielmehr, wenn ein-

---

46) Cap. 1. de constitutionibus in 6to. Licet Romanus pontifex constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare: ipsis, dum rationabilia, per constitutionem, a se noviter editam, (nisi expresse caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare. Perez ad tit. C. quae sit longa cons. nr. 13. et 14.

47) S. auch Reinhardt de jure consuetudinario §. 19.; ingleichen Klötzer S. 176.

mal etwas durch Gewohnheit zum Gesetz geworden ist, zur Gewohnheit geworden seyn, davon abzuweichen, und kurz, es muß eine Gewohnheit mit den gesetzlichen Erfordernissen vorhanden seyn, gerichtet auf die Nichtbefolgung der Gewohnheit, oder auf das Gegentheil dessen, was man bisher als Gewohnheit befolgte.

Es ließe sich dann auch denken, daß eine Gewohnheit durch eine Gewohnheit nicht völlig aufgehoben würde, sondern nur zum Theil, also daß sie durch selbige eingeschränkt würde, gleichwie es auch möglich wäre, daß die neuere Gewohnheit die ältere erweiterte. Denn die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach [48]) und daher kann sie die ältere Gewohnheit, gleich dem Gesetz, ganz abschaffen (consuetudinem abrogare), zum Theil (consuetudini derogare), sie vermehren (consuetudini subrogare). Bekannte Kunstausdrücke bei Veränderungen der Gesetze [49]).

§. 14.

Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

„Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere," spricht Callistratus L. 38. D *de legibus*.

Kein Richter ist verbunden, rechtskräftige Entscheidungen anderer Gerichtshöfe oder seiner Vorgänger zur Richtschnur zu nehmen, um Fälle derselben Art darnach auf dieselbe Weise zu entscheiden. Im Gegentheil weisen die Gesetze ihn an, sie zu verlassen, wenn sie nicht mit seinen Ansichten übereinstimmen. *Legibus, non exemplis, judicandum est* [50]).

Die Gesetze sind es, welche dem Richter bei seinen Aussprüchen zur Norm dienen, nicht die Entscheidungen anderer Richter. Vielmehr muß jeder Richter seiner eignen Ueberzeugung folgen, und, wenn ich daher setze, ein Oberrichter hätte die Entscheidung eines Unterrichters gestern aufgehoben und heute würde demselben Unterrichter ein Fall ganz von derselben Art zur Entscheidung vorgelegt, so glaube ich, könnte, ja müßte der Unterrichter den Fall ebenso entscheiden, wie er vorher gethan, er dürfte auf den abändernden Ausspruch des Oberrichters keine Rücksicht nehmen, es müßte denn seyn, daß

48) L. 3. C. quae sit longa consuet.

49) L. 102. D. de V. S.

50) L. 13. C. de sent. et interlocut.

Digitized by Google

sich in der Zwischenzeit seine Ueberzeugung wirklich geändert hätte.

Mit diesen Sätzen steht die Stelle des Callistratus in gar keinem Widerspruch, sondern sie werden dadurch allenfalls nur eingeschränkt. Es ergiebt sich nämlich daraus, daß Präjudizien, oder vielmehr der Rechtssatz, der bei ihnen zum Grunde liegt, unter besondern Umständen zum Gesetz erhoben werden können, oder vielmehr nur die Kraft eines solchen erlangen, so daß sie dann in dieser neuen Eigenschaft auch für künftige Fälle zur Norm dienen. Callistratus nennt dies die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

Dazu gehört, daß von einer zweifelhaften Rechtsfrage die Rede sey. Und zwar muß der Zweifel daher rühren, daß ein Gesetz vorhanden, was sich dunkel, zweideutig, unbestimmt, kurz, unvollkommen ausdrücket. M. Einem W. es ist hier von der Auslegung zweifelhafter Gesetze die Rede. Denn nur in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, gilt die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum und hat sie gesetzliches Ansehen. Diese Worte können, erwägt man sie genau, keinen andern Sinn haben, als den angegebenen, und über allen Zweifel wird dies durch die Nachbarschaft oder den Zusammenhang erhoben, worin die Stelle des Callistratus mit der vorhergehenden steht [51]). Die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum hat also, gleich der consuetudo, die Kraft, Gesetze auszulegen, auf eben die Art, als wie es vom Gesetzgeber geschieht.

Von der auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum lehrt Klötzer [52]) 1) sie sey keine Art der Gewohnheit, 2) die Länge der Zeit kein Erforderniß der auctoritas, 3) die auctoritas müsse auf keinem Irrthum beruhen.

Ich erwiedere hierauf: Die auctoritas ist Art der Gewohnheit und ist es auch nicht, je nachdem man den Begriff der Gewohnheit erweitert oder verengt. Versteht man unter Gewohnheit eine Norm, die vim legis hat, und überhaupt durch den Gebrauch oder wiederholte Beobachtung eingeführt worden, so ist die auctoritas ohne Zweifel Art der Gewohn-

51) L. 37. D. de leg. Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.

52) S. 295.

heit. Das Gericht ist gewohnt, ein gewisses Gesetz auf eine gewisse Art auszulegen. Versteht man aber darunter eine dergleichen Norm, die vom Volk oder einem Theil desselben ausgegangen ist, so ist sie es nicht, indem das Gericht als solches zum Volk nicht gerechnet werden kann, sondern zu den Beamten, die im Dienst des Staats stehen, es wenigstens bei der Volksgesetzgebung keine Stimme hat, worauf doch die ursprüngliche Idee der Gewohnheit beruht. Callistratus nimmt das Wort in jenem engern Sinne, welcher auch gewöhnlich gemeint wird, wenn von Gewohnheit die Rede ist, und unterscheidet daher von der consuetudo die auctoritas. Zwar die Worte: *aut* rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, gleich nach consuetudo, könnten auch einen bloßen erklärenden Zusatz, was unter consuetudo hier zu verstehen sey, in sich fassen; indessen läßt es sich denken, daß außer den Gerichten eine bestimmte Auslegung von Gesetzen sich bildet, und diese wäre dadurch ausgeschlossen. Consuetudo und auctoritas sind auf allen Fall nahe verwandt, und zwar ist die auctoritas etwas der consuetudo interpretativa Aehnliches, weshalb auch anzunehmen, daß beide im Allgemeinen gleichen Schritt halten. Sie unterscheiden sich hauptsächlich nur durch das Subject, von welchem die Norm mit gesetzlichen Ansehen oder m. E. W. die Auslegung ausgeht. Die auctoritas, als Analogon der consuetudo interpretativa, wird, gleich dieser, Ablauf einer langen Zeit zu ihrem Daseyn, als einer gesetzlichen Norm, erfordern, was auch schon die gemeine Bedeutung von Gewohnheit mit sich bringt, die beiden gleich zum Grunde liegt. Vom Irrthum kann bei der auctoritas nicht füglich die Rede seyn, ebenso wie auch bei der consuetudo interpretativa nicht, wohl aber wird ein zweifelhaftes Gesetz vorausgesetzt. Dagegen mögte das Wort perpetuum schon ein einziges contrarium, nämlich einen einzigen Urtheilsspruch ausschliessen, der das Gesetz anders auslegte.

§. 15.

Von der Observanz.

Ich mögte wohl wissen, wer zuerst auf den unglückseligen Einfall gekommen ist, das bäßliche Wort Observanz in die Rechtswissenschaft einzuführen, um dadurch eine Sache zu bezeichnen, die von der Gewohnheit noch verschieden seyn soll. Er hat dadurch der Wissenschaft einen schlimmen Dienst erwiesen.

Observanz würde eigentlich seyn, ähnlich der Gewohnheit in der gemeinen Bedeutung, der Umstand, daß etwas gebräuchlich, oder wenigstens sonst so gehalten ist. In rechtlicher Hin-

Digitized by Google

ficht verſteht man jetzt darunter eine Norm, die durch Beobachtung in einem Collegio eingeführt iſt. Ich ſage jetzt; denn was die Alten betrifft, verſtanden ſie zum Theil das Herkommen darunter (jus traditum), andre, ſcheint es mir, verſtanden darunter überhaupt ein Recht, was durch Beobachtung entſtanden, wobei ſie Befugniß und Geſetz nicht unterſchieden, ſondern unter dem Ausdrucke Recht Beides durcheinander mengten. Daß man Obſervanz auch mit Gewohnheitsrecht gleichbedeutend nimmt, iſt zu bekannt, als daß es hier zu bemerken wäre.

Was die Obſervanz in der jetzt gewöhnlichen Bedeutung betrifft, ſo bezieht es ſich damit, nach der gewöhnlichen Lehre [53]), auf die Macht eines Collegii, in den geſellſchaftlichen Angelegenheiten Beſchlüſſe zu faſſen. Dergleichen Beſchlüſſe können nicht nur durch ausdrückliche Verabredung, ſondern auch durch ſtillſchweigenden Vertrag zu Stande kommen und ein ſolcher ſtillſchweigender Vertrag iſt in der Obſervanz enthalten. Sie iſt eine Norm, welche durch Beobachtung in einem Collegio errichtet worden. Zur Einführung einer Obſervanz in dieſer Bedeutung bedarf es nicht der Zuſtimmung des Regenten, noch des Ablaufs einer langen Zeit; ein einziger Vorgang iſt hinlänglich, ſie zu begründen.

Sieht man blos auf das, was gewöhnlich von der Obſervanz gelehrt wird, ſo ſollte man glauben, daß überhaupt ſchon aus dem Umſtande, daß es früher einmal ſo gehalten worden, eine ſolche abzuleiten. Indeſſen würde man doch den Rechtsgelehrten zu nahe thun, wenn man dieſe Lehre für allgemein erklären wollte. Es fehlt nicht an ſolchen, die ein factum concludens erfordern, die eine ſolche Beſchaffenheit der Einen Handlung vorausſetzen, daß daraus ein ſtillſchweigendes Uebereinkommen abgeleitet werden kann. Dahin gehört namentlich Meurer [54]).

Ebenſo lehrt Gönner [55]), welcher gleichfalls die Meinung hegt, Eine Handlung ſey hinlänglich, eine Obſervanz zu begründen, es werde ein ſtreng bindender Schluß aus der Handlung auf die Einwilligung erfordert. Aus der Handlung könne nur die Möglichkeit des Seyns oder Nichtſeyns (fieri posse, non fieri posse) geſchloſſen werden; nur dann drücke eine Handlung die Nothwendigkeit des Seyns oder Nichtſeyns (fieri debere aut fieri plane

53) G. L. Boehmer Princ. jur. can. §. 235. 236. Hofacker Princ. jur. civ. §. 127. Glück Erl. der Pand. I. Thl. S. 447. Nettelbladt Systema elem. jurispr. pos. Germ. §. 899. Günther Princ. jur. Rom. §. 136.

54) Von der Obſervanz §. 6. (in deſſen jur. Abh. und Beobachtungen 1. Samml. S. 187.).

55) Teutſches Staatsrecht §. 27.

Digitized by Google

non posse) aus, wenn in der Handlung oder Unterlassung noch etwas Besonderes liege, welches zum Schlusse auf diese Nothwendigkeit berechtige, wozu eine, der Handlung oder Unterlassung vorausgegangene, Behauptung ihrer Nothwendigkeit (in contradictorio) von besonderer Wirksamkeit sey. Er bemerkt auch noch: Was nur unter besondern Umständen und wegen besonderer Verhältnisse geschehen, begründe nur für gleiche Verhältnisse eine Observanz.

Dies läßt sich schon besser hören; doch die Wahrheit scheint mir auf folgenden einfachen Sätzen zu beruhen.

Es ist allerdings möglich, daß eine Gesellschaft ihren Willen, einen gewissen Satz als bleibend aufzustellen, durch Handlungen oder Thatsachen offenbart. Auch läßt sich die Möglichkeit nicht bestreiten, daß schon ein einziger Vorgang den Schluß rechtfertigen könnte, es solle ein gewisser Satz zur beständigen Regel für die Zukunft dienen. Doch werden Fälle dieser Art nur sehr selten vorkommen. Gewöhnlich wird ein Vorgang weiter nichts beweisen, als — daß es früher einmal so gehalten worden.

Ist aber ein Vorgang von der Art, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden kann, der Satz, der bei dieser Gelegenheit aufgestellt worden, solle sich nicht auf diesen Fall beschränken, sondern allgemein gelten, so ist es freilich eben so gut, als wenn die Gesellschaft ihn ausdrücklich als Norm aufgestellt hätte. Unter dieser Voraussetzung bedarf es freilich der Wiederholung nicht; dann ist es freilich richtig, was Meurer bemerkt, daß die Handlung durch sie keinen Zuwachs an Stärke gewinnt, daß die Wiederholung zwar, des Beweises wegen, nützlich seyn, jedoch kein principium essendi, sondern nur cognoscendi an die Hand geben würde. Allein ein solcher Schluß wird schwerlich aus der Handlung selbst, sondern aus den Umständen, ja aus dem, was bei dieser Gelegenheit geäußert ist, abzuleiten seyn. Ueberhaupt wird es bei dieser quaestio facti immer auf die individuellen Umstände und alles darauf ankommen, ob die Gesellschaft wirklich den Willen offenbart habe, dieser oder jener Satz solle als allgemeine Norm dienen. Besonders aber verdient erwogen zu werden, daß in einem solchen Fall es nicht die Beobachtung ist, was den Satz gründet, sondern der Wille der Gesellschaft, daß man also gar nicht sagen kann, es sey dieser Satz durch Observanz eingeführt. Soll ein gewisser Satz durch Beobachtung in einer Gesellschaft entstehen, so kann dies zwar geschehen, doch nicht anders, als wenn die Erfordernisse des Gewohnheitsrecht vorhanden sind. Dazu ist dann freilich Ein Vorgang nicht hinlänglich, sondern häufige Wiederholung im Verlauf einer langen Zeit erforderlich. Was im Verlauf einer langen Zeit gleichmäßig geschehen und beibehalten worden, davon läßt sich dann auch glauben, daß es durch Erfahrung als gut erprobt sey. Der Zustimmung des Regenten bedarf es nicht; sie ist schon gegeben durch das römische Recht und namentlich durch folgende Stelle des Coder: Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur, et retinet: et quod officiis[56]), curiis, civitatibus, principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus. L. 3. Cod. quae sit longa consuetudo.

56) Unter officium scheint hier eine Gerichtsstelle zu verstehen zu seyn. L. 17. D. de in jus voc. L. 7. §. 2. D. qui satisdare cog. Paul. sent. I. 13. 1.

Archiv
für die
civilistische Praxis.

Dritter Band. Drittes Heft.

XIX.

Der neue Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen. Bern 1819. mit Bemerkungen

Von Mittermaier.

Wir glauben den Lesern des Archiv's durch schnelle Bekanntmachung des vorbemerkten neuen Entwurfs eines Proceßgesetzbuches um so mehr einen Dienst zu erweisen, als der Entwurf, der sich durch mehrere Eigenthümlichkeiten auszeichnet, nicht für das größere Publikum durch den Buchhandel verbreitet wird. Der Verfasser des Entwurfs ist der durch mehrere Schriften, vorzüglich auch als Proceßkenner durch sein Handbuch des Civilproceßes Bern 1810., rühmlich bekannte Professor Schnell, und das Werk ist Folge eines Auftrags der Bernischen Regierung, wodurch eine Revision und Vervollständigung der Gerichtssatzung beschlossen wurde.

Der Entwurf enthält 337 Satzungen in einer bestimmten und klaren Sprache, und besteht aus einem allgemeinen und dem besonderen Theile.

Der allgemeine Theil enthält 4 Titel.

I.) Von den Gerichten, dem Gerichtsstande, und den Pflichten und Rechten der Gerichtspersonen.

Digitized by Google

II.) Von den Parteien.

III.) Allgemeine Bestimmungen des gerichtlichen Verfahrens.

IV.) Form der gerichtlichen Handlungen.

Der besondere Theil zerfällt in 9 Titel.

I.) Von dem Versuche zur Aussöhnung und der Eröffnung der Verhandlung.

II.) Von der Klage, den Vorkehrungen des Beklagten auf dieselbe, und der Replik und Duplik.

III.) Von dem Beweise. A.) Absch. 1. Vom Beweise überhaupt. B.) Absch. 2. insbesondere a) Von dem Beweise durch Augenschein und Sachverständige. b) Vom Beweise durch Urkunden. c) Von dem Beweise durch Zeugen. d) Von dem Beweise durch den Eid.

IV.) Von dem Verfahren nach der Beweisführung und dem Urtheile.

V.) Von dem summarischen Processe.

VI.) Von provisorischen Verfügungen.

VII.) Von den Rechtsmitteln.

VIII.) Von den Beschwerden gegen den Richter.

IX.) Von der Vollziehung des Urtheils.

Dem Entwurfe voraus geht auf XXIII Seiten ein Vorbericht, in welchem der Verf. sich auf den erhaltenen Auftrag, „bei dem Entwurfe die wesentlichen Grundsätze des vaterländischen Rechts im Auge zu behalten", beruft, und mehrere Motive (als Auszug aus den größeren von der Commission bearbeiteten Motiven) zu einzelnen Sätzen des Entwurfs liefert.

Wir wollen zuerst den im Entwurfe vorgeschlagenen Gang des Verfahrens darstellen.

Die Gerichte fällen ihre Urtheile öffentlich Satzung 2. Zur Fällung des Urtheils müssen neben dem Richter wenigstens 4 Beisitzer gegenwärtig seyn S. 4. Als ordentliche Gerichtsstände sind der des Wohnsitzes, der gelegenen Sache, und des Zusammenhangs angenommen S. 10 — 12. Jede Partei kann ihren Proceß selbst, mündlich oder schriftlich, verhandeln S. 70., kann ihn aber auch ganz oder zum Theile durch Bevollmächtigte führen lassen S. 61. Nur aufgenommene Advokaten dürfen in Sachen Anderer bei Gericht han-

Digitized by Google

beln S. 68. Jeder, welcher auf dem Wege Rechtens eine Forderung an einen Andern machen will, soll sich bei dem Richter für die Veranstaltung eines Aussöhnungsversuchs melden S. 135. Der Richter soll hierauf ohne weitere Untersuchung der Sache einem unparteiischen tüchtigen Mann beauftragen, die Parteien in ihren Gründen zu vernehmen, und ihnen zweckmäßige Vorschläge zu machen; er händigt hiezu der Partei einen Befehl an ihren Gegner ein, sich zu der vom Vermittler zu bestimmenden Zeit mit ihr bei demselben einzufinden.

In den Motiven S. XII. wird diese Einrichtung gerechtfertigt und dabei bemerkt, daß der mit Geschäften ohnehin überladene Richter gar nicht die zur Stiftung eines Vergleichs nothwendige Zeit habe, und nach seiner Stellung als künftiger Richter nicht einmal seine Meinung über den wahrscheinlichen Ausgang des Streits äußern, überhaupt nicht mit Nachdruck den Parteien zureden dürfe.

Gelingt der Vergleich, so läßt der Vermittler ihn durch einen Notar in Schrift verfassen, und das Gesetz achtet ihn einem rechtskräftigen Urtheile gleich S. 137. Bleibt eine vorgeladene Partei aus, so muß sie Strafe und Versäumnißgebühr bezahlen S 138. Wenn Zweifel obwaltet, ob der zwischen den Parteien entstehende Rechtsstreit apellabel sey, oder nicht, so soll der Kläger noch vor Anbringung der Klage auf Schätzung antragen S. 141. Der Kläger eröffnet den Streit durch seinen Klagvortrag. Urkunden, auf welche sich Kläger berufen will, müssen bei Verlust des Rechts, die nicht angebrachten später als Beweismittel zu benützen, in dem Klagvortrage angeführt werden. Zeugen brauchen keine namentliche Anführung S. 149. Die Klagschrift wird dem Beklagten mit der Ladung auf den ersten Termin mitgetheilt S. 150. In diesem Termine legt der Kläger seine Klagschrift nebst den Urkunden vor, der Beklagte aber das ihm mitgetheilte Doppel der Klagschrift, und der Richter erkennt die vorgelegten Schriften zu den Akten und bestimmt den Termin zur Einreichung der Antwort S. 153. Will der Beklagte ein Zwischengesuch anbringen, so muß er dies dem Kläger noch vor dem zur Einreichung der Antwort bestimmten Termin bekannt machen. Die fristlichen Einwendungen (dilatorische), welche die Eigenschaften des Richters oder die Parteien oder wesentliche Mängel des Klagvortrags betreffen, sollen vor allen Dingen, jede besonders, die die streitige Sache betreffenden aber nach Beseitigung der erstern, alle auf einmal, angebracht werden S. 154. Die Klage darf nur dann uneinläßlich beantwortet werden, 1) wenn der Gegenstand derselben verjährt

oder rechtskräftig beurtheilt ist, oder 2) wenn sich aus einer rechtsförmigen Urkunde ergiebt, daß die streitige Sache auf eine für die Parteien verpflichtende Weise beseitigt ist S. 157. Eine uneinläßliche Antwort wird als eine Klage angesehen S. 159. Wenn keine Uneinläßigkeitsgründe vorhanden sind, so muß der Beklagte seine einläßliche Antwort abgeben; jede Thatsache, welche er nicht als wahr annehmen will, muß er ausdrücklich und besonders verneinen. Er kann auch Schutzbehauptungen vorbringen. Im Termine legt der Beklagte alles dies mit den etwa angeführten Urkunden vor S. 162. Sind die klägerischen Thatsachen unverneint, so weist der Richter die Parteien zum Aktenbeschluß, sind die Thatsachen verneint, so weist er den Kläger an, sich im nächsten Termin über den von ihm zu leistenden Beweis zu erklären. Bringt der Beklagte neue Thatsachen vor, so wird der Kläger zur Einreichung der Replik angewiesen S. 164., in welcher der Kläger nur über die neu vorgebrachten Thatsachen sich erklären darf. Hat Kläger Repliken vorgebracht, so erhält der Beklagte einen Termin zur Duplik S. 166. Die Anweisungen des Richters über die Fortsetzung der Verhandlung sind für die Parteien nicht schlechtweg verbindlich S. 168. Nach eingereichter Duplik haben die Parteien in einem anzusetzenden Termine sich über den von ihnen zu leistenden Beweis zu erklären S. 167. Wenn sich der Kläger in dem angesetzten Termine erklärt, daß er einen Beweis führen wolle, so muß er die Thatsachen, die er zu beweisen gedenkt, bestimmt angeben, worauf der Richter den Beweisführungstermin bestimmt S. 173. Wenn der Kläger seine Beweisführung vollendet hat, soll sich der Beklagte in dem ihm anzusetzenden Termine ebenfalls erklären: ob und über welche Thatsachen er Beweis führen wolle; worauf der Richter ihm den Termin bestimmt S. 174. Der Gegenbeweis ist nach S. 175. ganz verboten. Der Beweisführer kann sich zu dem Beweise einer Thatsache mehrerer Beweismittel zugleich bedienen, mit alleiniger Ausnahme der Eideszuschiebung S. 177. Bei dem Beweisführungstermin soll der Beweisführer alle Beweismittel, die er zu gebrauchen gedenkt, auf einmal vorlegen. Nach Ablauf des Termins darf kein neues Beweismittel mehr vorgelegt werden, mit Ausnahme der Fälle, wenn 1) er das Beweismittel erst seither entdeckte, oder zur Hand bringen konnte, 2) wenn bereits eingebrachte Beweismittel für ihn verloren gegangen sind S. 178. Der Beweisführer darf kein von ihm vorgelegtes Beweismittel ohne Einwilligung des Gegners zurückziehen S. 179. Einwendungen gegen Beweismittel müssen, unter Folge des Verlusts derselben, bei dem Beweisführungstermin angebracht werden, und zwar die gegen die Urkunden

ehe dieselben als Beweismittel zu den Akten erkennt worden S. 181. Jede Partei kann auch zu jeder Zeit einen Beweis zum ewigen Gedächtnisse führen S. 181. Die Partei, welche durch Augenschein beweisen will, muß sich bei dem Beweisführungstermin dazu erklären, und kann auch auf Zuziehung von Sachverständigen antragen. Unterläßt sie es, so kann die Gegenpartei die Zuziehung von Sachverständigen verlangen, oder der Richter von Amtswegen sie befehlen S. 188. Der Richter leitet die Einnahme des Augenscheins S. 191. Bleibt eine Partei im Termine aus, so soll der Augenschein auf Antrag der Erscheinenden seinen Fortgang haben. Das Befinden der Sachverständigen soll den Parteien mitgetheilt, und ihnen eine Nothfrist von 14 Tagen gestattet werden, um während derselben dem Richter Erläuterungsfragen einzureichen; diese legt der Richter den Sachverständigen zur Beantwortung vor, und theilt ihre Antwort nachwärts den Parteien mit S. 196. Bei Trennung der Meinungen der Sachverständigen wird blos die Ansicht der Mehrheit in das Befinden gebracht; ist keine Mehrheit zu erlangen, so wird die Frage anderen Sachverständigen vorgelegt S. 197. In der Appellationsinstanz können die Parteien einen Oberaugenschein verlangen, oder das Befinden von drei anderen, vom Gerichte zu ernennenden, Sachverständigen S. 199. Bei dem Urkundenbeweise muß jede Urkunde, die als Beweismittel dienen soll, auf Verlangen des Gegners in ihrem ganzen Inhalte, und, wenn sie sich auf eine andere bezieht, mit dieser vorgelegt werden S. 201. Die Aechtheit einer Privaturkunde ist aus der Aechtheit der Namensunterschrift des Ausstellers zu entnehmen, die vom Beweisführer, wenn sie der Gegner bezweifelt, bewiesen werden muß. Wird die Urkunde nicht anerkannt vom Aussteller, oder durch Zeugen nicht als ächt hergestellt, so ist zur Vergleichung der Handschriften zu schreiten; erkennen die Sachverständigen die Unterschrift für ächt an, so wird der Beweisführer zum Erfüllungseide gelassen; bezweifeln sie die Aechtheit, so kann der Gegner beschwören, daß er sie für unächt ansehe S. 206. Eine Person, welche fähig ist Zeugniß zu reden, und über ihre ökonomischen oder Berufsverhandlungen ein ordentliches Buch führt, kann Anforderungen, die von Geld, oder Waarenlieferungen, oder Berufsarbeiten herrühren, und zur Zeit ihrer rechtlichen Einklagung nicht länger als 4 Jahre ausstehen, durch ihr Hausbuch beweisen, wenn sie die Richtigkeit des Artikels beschwört S. 208. Auch durch Denkmäler kann bewiesen werden S. 210. Die beweisführende Partei muß die Urkunden in Urschrift im Beweisführungstermin vorlegen S. 211. Wenn sich die Urkunde, welche eine Partei als Beweismittel zu gebrauchen gedenkt, nicht in ihrer Hand befindet, so soll sie auf den Beweisführungs-

Digitized by Google

termin den Gegner vor das Verhör laden, und ihn zum Mitbringen der Urkunde auffordern S. 213. Die Parteien sind verpflichtet, sich gegenseitig alle auf den Beweis Einfluß habende Urkunden zu ediren; der Inhaber ist auch immer verpflichtet, einem Editionsgesuche zu entsprechen, wenn die Urkunde ein Zeugniß über ein Rechtsverhältniß enthält, welches den Auffordeter selbst, oder Personen betrifft, in deren Rechte er eingetreten ist; gehört ihm die Urkunde ausschließend zu, so kann er sich von der Editionspflicht durch den Eid befreien, „daß er, ohne sich an seiner Ehre, oder an seinem Vermögen, zu schaden, die betreffende Urkunde nicht vorlegen könne". Die näheren Gründe braucht er nicht anzugeben S. 215. Der Vorwurf einer Verfälschung unterbricht die Verhandlung der Hauptsache S. 217. Die Zweifel über die Rechtsförmigkeit einer Urkunde, oder über die Verbindlichkeit ihres Inhalts, sind in den mündlichen oder schriftlichen Vorträgen in der Hauptsache auszuführen S. 218. Zum vollständigen Zeugenbeweise *) verlangt S. 226. zwei fähige Zeugen, mit Ausnahme einer Ansprache an einen Verstorbenen. Wer durch Zeugen beweisen will, muß diese allemal auf den Beweisführungstermin zur Abhörung vorladen S. 228. Acht Tage zuvor muß der Beweisführer dem Gegner die Namen der Zeugen und die Fragen, worüber er sie abhören lassen will, bekannt machen S. 229. Drei Tage vor dem Termine muß er den Zeugen die Beweissätze mittheilen, und sie vorladen S. 230. Findet der Gegner des Beweisführers es nöthig, den Zeugen Gegenfragen vorzulegen, so muß er diese 2 Tage vor dem Termine dem Beweisführer mittheilen S. 231. Der ausbleibende Zeuge bezahlt 5 Franken Strafe, und ersetzt den durch Saumniß entstehenden Schaden; bleibt er im zweiten Termine wieder aus, so läßt ihn der Richter durch einen Polizeidiener vor das Verhör führen S. 236. Der Gegner des Beweisführers muß seine Einwendungen gegen die Zeugen vor der Vernehmung des Zeugen zu Protokoll geben; der Zeuge wird dessen ungeachtet abgehört; der Richter legt ihnen aber Stillschweigen auf, und behält die Aussagen verschlossen, bis die Erheblichkeit der Einwendungen beurtheilt ist S. 238. Der erscheinende Zeuge wird an seine Pflicht erinnert, es wird ihm der Zeugeneid vorgelesen. Vernommen wird der Zeuge in Abwesenheit der Parteien über die Fragen und Gegenfragen, der Richter erklärt dem Zeugen, was dieser nicht versteht, und veranlaßt ihn durch Fragen von Amtswegen zur deutlichen Erklärung; auch macht er ihn auf Widersprüche aufmerksam S. 243. Ein Zeuge, welcher sich weigert,

*) Satz 221 u. 224. werden die untüchtigen und verdächtigen Zeugen genannt. M.

Antwort zu geben, wird Gefangenschaft gelegt, und wenn er während 3 Tage auf seiner Weigerung beharrt, so wird er vom Richter in den Fall der Bevogtung gesetzt, auch zur Ersetzung des Schadens verurtheilt S. 246. Wenn alle Zeugen abgehört sind, wird den wieder hereintretenden Parteien das Zeugenprotokoll vorgelesen, und ihnen ein Termin bestimmt, um den Zeugen Erläuterungsfragen vorlegen zu lassen, oder sich zu erklären, ob sie dieselben entlassen, oder zur eidlichen Bestärkung anhalten wollen S. 248. Jede Partei kann einmal Zeugen-Erläuterungsfragen vorlegen lassen, die sich aber auf die Aussagen bei der ersten Abhörung beschränken, und 8 Tage vor der Erläuterungsvernehmung mitgetheilt werden sollen S. 249. Verlangt eine oder die andere Partei, daß die Zeugen ihre Aussagen beschwören sollen, so wird vom Richter an den Pfarrer des Zeugen die geeignete Aufforderung erlassen. Im Schwörungstermine erscheinen die Parteien persönlich; den gegenwärtigen Zeugen werden die früheren Fragen und Antworten wieder vorgelesen. Aendern sie etwas ab, so wird auf Verlangen der Parteien der Eid eingestellt und dessen Zulässigkeit weiter beurtheilt S. 244. Jeder schwört nach den Gebräuchen seiner Religion. Bei Processen von Werth unter 50 Franken wird nur Handgelübd abgefordert S. 259. Jeder Parteieneid im Processe wird bei öffentlichem Verhör geleistet, bei dem Richter des anhängigen Processes. Wird die Nichtkenntniß einer Thatsache beschworen, so muß auch der Beisatz beschworen werden, „daß der Schwörende allen Fleiß angewendet habe, von derselben Kenntniß zu bekommen, aber dessen ungeachtet nichts anderes habe entdecken können, als was er darüber angebracht habe“ S. 267. Der Beweisführer kann über jede streitige Thatsache, welche die bürgerliche Ehre seines Gegners nicht berührt, demselben den Eid zuschieben, und muß es im Beweisführungstermin erklären S. 272. Glaubt der Delat, daß die Thatsache durch Zeugen oder Urkunden berichtiget werden könne, so hat er das Recht, sein Gewissen durch Beweis zu vertreten, indem er sich im gleichen Termine zum Beweise des Gegentheils des gegnerischen Beweissatzes bereit erklärt. Dadurch übernimmt der Delat die Last des Beweises, so daß, wenn er den Beweis nicht vollständig leistet, der Beweissatz des Gegners als rechtlich wahr angenommen werden soll S. 274. Der Partei, die ihr Gewissen durch Beweis vertreten will, wird vom Richter ein Termin bestimmt S. 274 Der Eid wird öffentlich abgenommen. In den auch nach den meisten Gesetzgebungen gestatteten Fällen kann der Richter auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkennen S. 279. Auch der Manifestationseid ist zugelassen S. 280. Wenn die Beweisführung beendigt ist, bestimmt der Richter den Termin zum Aktenbeschlusse S. 282. Bleibt eine Partei

Digitized by Google

aus, so kann sie öffentlich auf Verlangen der Anwesenden vom Weibel (Gerichtsboten) vorgeladen werden; bei weiterem Ausbleiben wird der Anwesende zum einseitigen Vortrage gelassen S. 283. Die Partei, welche auf einseitigen Vortrag hin ein obsiegliches Urtheil erhält, soll dieses ihrem Gegner binnen 8 Tagen förmlich bekannt machen S. 285. Erscheinen beide Parteien im Termin, so hat jede derselben das Recht, ihre Sache dem Gerichte nach Anleitung der Akten mündlich vorzutragen, oder durch Advokaten vortragen zu lassen S. 287. Nach vollendeten Vorträgen erstattet ein Gerichtsbeisitzer einen Bericht über das Geschäft, hebt die Vorfragen aus, und giebt über Vor- und Hauptfragen seine Meinung. Ein anderer Gerichtsbeisitzer bestätigt oder ergänzt den Vortrag, worauf nach der Ordnung gestimmt wird S. 288. Präparatorische und Zwischen-Gesuche, alle Sachen, die von dem Amtsgerichte endlich zu beurtheilen sind, soll der Richter von Amtswegen, oder auf Verlangen, in das summarische Verfahren weisen. Die Abweichungen bestehen darin, daß 1) die Vorträge zu Protokoll dictirt, 2) daß blos 14tägige Fristen gestattet, 3) in appellablen Fällen alle Urtheile unter Folge ihrer Rechtskraft gleich nach Eröffnung appellirt werden, 4) daß auch Verhandlungen während der Ferien zulässig sind S. 290. Wenn der Streitgegenstand die Summe von 50 Franken nicht übersteigt, so werden die Vorträge nicht zu Protokoll genommen; der Richter hebt die zu bescheinigenden vorgetragenen Thatsachen aus, fordert Bescheinigung; das Ausbleiben des Beklagten gilt als Anerkennung des Rechts des Klägers; das Urtheil wird möglichst im ersten Termine gesprochen S. 291. Auch provisorische Verfügungen sind in Fällen zulässig, wo einer Partei ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevorsteht, der durch eine vom Richter noch vor der Beurtheilung des Streits zu treffende Anordnung abgewendet werden kann S. 292. Das ordentliche Rechtsmittel der Appellation findet Statt, wenn der Gegenstand eines Urtheils den Werth von 200 Franken übersteigt, oder in Sachen die durch Satzung 145 für appellabel erklärt sind. Binnen 14 Tagen Nothfrist muß die Berufung eingewendet werden; binnen 30 Tagen muß der Appellant bei dem Präsidenten des Appellationsgerichts sich um Appellationstermin bewerben S. 306., und spätestens binnen 6 Wochen den Appellaten vor das Appellationsgericht vorladen; bleibt Appellat aus, so kann der Appellant zum einseitigen Vortrage nach vorgängigem öffentlichen Rufe gelassen werden S. 311. Erscheinen beide Theile, so wird nach der Form der Satzung 287. 288 verfahren S. 313. Das Gesuch um ein neues Recht kann gestellt werden, 1) wegen solcher Beweismittel, deren schon während der Verhandlung gedacht, die aber erst nach der Fällung des Urtheils zur Hand gebracht

Digitized by Google

worden, 2) wegen einer nach der Beurtheilung des Processes erfolgten Fälschung der in der Verhandlung gebrauchten Beweismittel S. 314. Die Nothfrist beträgt 3 Monate. Nichtig ist ein Urtheil, wenn der unterliegenden Partei der Termin zur Fällung desselben nicht bekannt gemacht worden, und sie sich dabei nicht eingefunden, oder wenn das Gericht nicht nach den Schlüssen der Parteien geurtheilt hat S. 320. Die Nichtigkeitsklage muß binnen 3 Monaten angestellt werden. Die Partei kann auch, wenn der Richter ihr Rechtshülfe weigert, sie durch gesetzwidrigen Beschluß in Nachtheil versetzt, Beschwerde gegen den Richter nach den Gesetzen über Proceßform in Administrativstreitigkeiten führen S. 323. Wenn die besiegte Partei einem rechtskräftigen Urtheile binnen 14 Tagen nicht nachkommt, so kann der Sieger bei dem Richter um Hülfleistung nachsuchen S. 326. Die Erlaubniß zur Anwendung der Executionsmittel, z. B. Beitreibung der Geldsumme, Zwang zur Unterlassung einer Handlung, oder zu einer Leistung, ertheilt der Richter. Wenn eine Partei ein Grundstück eigenthümlich übergeben soll, so muß der Sieger bei dem Oberamtmann einen Befehl nachsuchen, daß das Untergericht ihm dies Grundstück zufertige; zu Folge desselben kann er sich durch einen Polizeidiener nach 3 Tagen in den Besitz einsetzen lassen S. 333. Die Vollziehung eines rechtskräftigen Urtheils kann der besiegten Partei blos durch den sogleich durch Urkunden zu leistenden Beweis eingestellt werden, daß sie dem Urtheil bereits Statt gethan, oder daß ihr der Impetrant die erstrittene Verbindlichkeit nachgelassen habe S. 335. Erklärt dies eine Partei dem Weibel, so erhält sie Aufschub von 4 Tagen, während welchen sie den Gegner vor den Richter laden muß. Eine Partei, welche die Vollziehung eines Urtheils auf diese Art hindert, und nachher den Beweis nicht leisten kann, soll dem Impetranten alle Schäden und Kosten ersetzen, und 3tägige Gefangenschaft leiden S. 337.

Es bedarf für unsere Leser keiner speciellen Hinweisung auf einzelne merkwürdige Ansichten und Stellen des angezeigten Entwurfs. Es sey also eine kurze Prüfung seiner Grundsätze und vorzüglich die Frage erlaubt: inwieferne eine Proceßgesetzgebung durch Benützung derselben gewinnen würde?

I. Der Entwurf beruht, wie sich sogleich ergiebt, ganz auf der sogenannten Verhandlungsmaxime, und der Vorbericht S. VI. hat Recht, wenn er ausspricht, daß die Bernische Proceßform mehr als irgend eine andere dieser Maxime treu bleibe. Wir wollen darüber nicht streiten, „ob nicht für die Beschleuni-

Digitized by Google

gung der Processe und für Ausmittelung der Wahrheit mehr durch die entgegengesetzte Maxime gewonnen werde", weil wir überzeugt sind, daß eine allein seeligmachende Proceßform nicht existire, und jede wohlthätig wirkt, wenn rechtswissenschaftliche Richter und Anwälde treu und rechtlich ihre Pflicht erfüllen. Der neue Entwurf bietet aber eine Eigenthümlichkeit dar. Während alle auf Verhandlungsmaximen gebaute Proceßordnungen durch die Ausdehnung der Befugnisse der richterlichen Proceßdirection, des richterlichen Fragrechts u. dgl., der Willkühr der Parteien vorbeugen, und dem Verfahren einen zweckmäßigen Gang und sichere Haltung geben, beschränkt der vorliegende Entwurf den Richter auf ungewöhnliche Weise. Der S. 75. weiset den Richter nur darauf hin: zu sorgen, daß alle Formalitäten der Proceßverhandlungen beobachtet und die schriftlichen Parteivorträge von Anzüglichkeiten gereiniget werden. Nach S. 98. bestimmt der Richter den nächsten Termin und die von einer Partei zu treffende Vorkehrung, doch, wie es heißt, „unter Vorbehalt des Rechts der Partei, die Verhandlung auf andere den Gesetzen gemäße Weise fortzusetzen." Eben so spricht S. 168. aus: daß die Anweisungen des Richters über die Fortsetzung der Verhandlungen für die Parteien nicht schlechtweg verbindlich seyen. Vergeblich sucht man auch Bestimmungen im Entwurfe, nach welchen der Richter schon bei der eingereichten Klagschrift in gewissen Fällen den Kläger abzuweisen, oder den Beklagten zu beßeren Antworten anzuhalten, berechtiget wäre. Wir zweifeln, daß eine solche Beschränkung der richterlichen Thätigkeit wohlthätig wirken werde. Erwägt man a), daß aus Unverstand, oder Bosheit, die Parteienschriften oft höchst lückenhaft sind, so daß der Streitpunkt am Ende, wenn es zum Urtheil kömmt, als ganz unvollständig ausgemittelt sich zeigt, erwägt man b), daß auch im gemeinen Processe der Richter so oft zu Decreten sich veranlaßt sieht, bis er sich mit der Antwort des Beklagten begnügen kann, so ist wohl zu besorgen, daß die Parteien die Geduld des Richters, dessen Gewalt so beschränkt ist, mißbrauchen, den Proceß in die Länge ziehen, besonders aber den Richter oft hindern

Digitized by Google

werden, vollständig und erschöpfend das Streitverhältniß, wenn es zum Urtheile kömmt, zu überschauen.

II. Damit steht im Zusammenhange das Benehmen des Richters bei der Beweisführung der Parteien. Nirgends erwähnt der Entwurf, daß der Richter ein Beweisinterlocut erlassen, oder, ähnlich dem preußischen Richter, die Beweisführung durch Decrete festsetzen müsse. Nur die Parteien erklären sich im Termine Satz 173., „daß sie beweisen wollen", und: „welche Thatsachen." — Allerdings ist dadurch der Freiheit der Parteien ein großer Raum gelassen; auch wird die Zeit erspart, die durch Fällung des in Rechtskraft übergehenden Beweisinterlocuts verloren geht; auch gestehen wir gerne, daß der Richter bei der definitiven Urtheilsfällung oft Vortheile erhält, weil er nicht durch ein rechtskräftiges Interlocut, durch Fixirung des Beweises auf bestimmte Thatsachen, beschränkt wird. Allein erwägt man a), wie häufig die Beweislast bestritten ist, b) wie durch eine unrichtig übernommene Beweislast die ganze Beweisführung erschwert wird *), c) wie schwierig es ist, das Beweisthema richtig festzusetzen, d) wie selten die Partheien, wenn es ihnen ganz überlassen ist, den Beweissatz erschöpfend und richtig wählen, man betrachte e) die Vortheile, welche durch eine feste Grundlage die ganze Beweisführung erhält; so wird man, nach unserer Ueberzeugung, der Ansicht des Entwurfs nicht ganz beistimmen, und muß vielmehr wünschen, daß dem Richter entweder das Interloquiren auf Beweis, oder eine der preußischen ähnliche Verhandlung mit den Parteien über den Beweis, zur Pflicht gemacht würde.

III. Der Entwurf führt im ordentlichen Processe die schriftliche Verhandlung ein; und wir wollen auch darüber nicht streiten: ob nicht mündliches Verfahren zu Protocoll zweckmäßiger wäre. Die Commission war hier nicht unbeschränkt. Merkwürdiger aber ist, daß mit der schriftlichen Verhandlung noch das

*) Man sehe nur hin auf die freiwillige — anticipirte — Beweisführungen. M.

Digitized by Google

persönliche Erscheinen der Parteien bei Gericht verbunden ist. Der Kläger legt im ersten Termine seine Klageschrift selbst bei Gericht vor S. 153. Der Beklagte muß in diesem Termine erscheinen um das Doppel der ihm mitgetheilten Klagschrift zu produziren. Eine Antwort abzugeben, hat er nicht nöthig; erst in einem neuen Termine antwortet der Beklagte, und legt wieder seine Exceptionsschrift vor S. 162. Man sieht nicht ein welche Vortheile, mit Ausnahme des Umstandes, daß der Richter jeder Partei sogleich bestimmen kann, wann der nächste Termin eintreten wird, durch jenes persönliche Erscheinen gewonnen werden sollen; wohl aber erkennt man bald den Nachtheil der Proceßverzögerung und der vermehrten Kosten. Die Parteien müssen nicht blos ihren Anwälden die Schriften, welche dieselben für sie verfertigen, sondern auch die Erscheinung bei Gericht bezahlen. Ein persönliches, den Versuch gütlicher Vereinigung nicht bezweckendes, Erscheinen der Parteien, oder ihrer Bevollmächtigten, hat für die Verhandlungen nur dann einen Werth, wenn das Verfahren überhaupt zu Protocoll geschiehet, oder der Richter die Parteien auch fragend zu vernehmen hat. Ein bloßes Erscheinen aber, um Schriften vorzulegen, oder die Schriften des Gegners einzusehen, dürfte ohne allen Nutzen seyn.

IV. Das Verfahren, wie dies schon aus der schriftlichen Verhandlung sich erklärt, ist nicht öffentlich im Sinne des franz. Processes; doch ordnet der Entwurf sehr weise ein Schlußverfahren an, in welchem die Urtheilsfällung öffentlich seyn soll Satz 2., und S. VI. gedenkt der Vorbericht: „wenn eine Privatperson gezwungen werden kann, einem nicht von ihr gewählten Richter zu übertragen, so darf man ihr auch das Recht nicht absprechen, sich unmittelbar davon zu überzeugen, daß der Richter dabei mit der erforderlichen Sachkenntniß und Unbefangenheit zu Werke gehe; in Civilproceßen werden keine Staatsgeheimnisse verhandelt, und wer sich scheut, sein Urtheil über einen solchen mit republikanischer Offenheit auszusprechen, scheut sich Richter zu seyn.“

Es läßt sich nicht bezweifeln, daß die Oeffentlichkeit in Bezug auf die Parteien, wie sie der Entwurf S. 287. 288. ausspricht, höchst wohlthätig wirken müsse [1]). Während weder der

1) Der wissenschaftlich gebildete und redliche Richter wird gewifs, soviel ihn betrifft, sein aus den Acten und den Gesetzen geschöpftes Urtheil weit lieber, oder doch mit eben soviel Ruhe und Unbefangenheit, nebst den Motiven seines gefundenen Rechtsresultats, öffentlich, d. h. in Gegenwart aller Hörbegierigen, aussprechen, als zur blosen Insinuation, oder zur trokenen Publication in einer, Gerichtsstube genannten, Schmuzkammer entwerfen, wo er hinter einem Wall von zerlumpten Acten die ohrenspitzenden Parteien sich selbst bedauernd anstarret. Aber Aber — *jene* Oeffentlichkeit *allein* thut es nicht. Sie macht weder den Ignoranten rechtsklug, noch den Unredlichen rechtlich. Und keines von beiden vermag die *Furcht vor Zuhörern* zu bewirken. Gnade Gott der heiligen Justitia, wenn jene *Furcht* ihr Staab seyn soll! Das *zwangspflichtige* Beifügen schriftlicher *Entscheidungsgründe* — diese klare und allgemeine, sich nicht *auf einige Hörlustige beschränkende*, Oeffentlichkeit — ziehet weit kräftiger den guten oder bösen Willen des Richters oder Referenten an das helle Tageslicht — beurkundet weit öffentlicher seine treue oder mangelhafte Kenntnifs der Acten, so wie das Daseyn, oder das Abseyn, erforderlicher Rechtskenntnifse. Hier hat er Ursache, sich zu *fürchten und zu schämen.* Der bösartige rechtskluge sprachgewandte Richter, so wie ein solcher Advocat, hat sehr leichtes Spiel, den gröfsten Haufen solcher Bürger, welche die Gesetze (wie es wohl immer bleiben wird) *kaum als Buchstaben* kennen, *gerade dazu zu benutzen*, das Ungerechte öffentlich als gerecht darzustellen und einzuprägen. *Damit* sey aber das Gesetz nicht getadelt, welches die Oeffentlichkeit auch im Sinne der Volkssprache verordnet; sondern nur soviel sey durch obiges gesagt: die *Form*öffentlichkeit für sich allein kann eben sowohl die Mutter der Ungerechtigkeit, als als eine Grundfeste der Gerechtigkeit werden. Wenn sich daher

Digitized by Google

gemeine noch der preußische Proceß die Parteien sichert, daß das Gericht treu und vollständig von dem Referenten die Verhandlungen mitgetheilt erhalte, erfährt das Gericht von den ge-

---

der Red. dieser Zeitschrift einige Bemerkungen zu obigen Bemerkungen seines verehrl. Collegen und Freundes erlaubt, wenn solche Noten der Redaction theils den oben beurtheilten Entwurf einer Processordnung für die Rep. Bern, theils einzelne dort angränzende Erscheinungen in dem französ und in dem teutschrechtlichen Civilproceſs zum Gegenstand haben, so soll damit nur vergleichend angedeutet werden, daſs man resp. in dem materiellen Gebiet des Verfahrens vor den bürgerlichen Gerichten Teutschlands das vermiſst, und andern Nationen abborgen will, was der Buchstabe oder der Geist des ungekannten, oder miſsverstandenen, einheimischen Gesetzes wirklich enthält, jedoch die rechtswissenschaftslose Praxis leichtfertiger oder schlecht unterrichteter Richter, ja vielleicht eine gutabsichtliche Landes-Gesetzgebung, *verdorben* hat, und daſs in Hinsicht auf *Form*öffentlichkeit mancher redliche Mann diese verlangt, welcher das öffentliche Institut der Gerichte in dessen gesetzlichen innern Bewegungsregeln *gar nicht*, wenigstens nicht wissenschaftlich, sondern nur herkömmlich kennt, dabei das nächste, objectiv oder subjectiv übel organisirte, Justizamt als Muster teutscher Rechtspflege betrachtet, und daher so ziemlich wie der Blinde von der Farbe spricht. Sollte man dieses nicht auch von *manchen*, immerhin rechtlichen und redlichen, das Gute nach ihrer subjectiven Ueberzeugung ernstlich bezielenden, nachbetenden Landeständen sagen dürfen? Was helfen uns die schönsten Declamationen auch unterrichteter Männer, flieſsend aus dem Gebiete einer warmen von reiner Vaterlandsliebe entflammten Phantasie, die man auch da nicht verwirklichet findet, wo die Formöffentlichkeit längst im Schwunge ist? was bessert eine Phantasie, deren Realisirung für die Menschheit, auch für den cultivirtesten Staat und die liberalste Volksregierung, nur Traum und Wunsch bleiben wird! Laſst *uns* aus *eigener* Kraft besser werden, gleich wird es besser

Digitized by Google

genwärtigen Parteien selbst die Streitverhältnisse, Ansprüche und Gründe; die Parteien hören den Vortrag, welchen der Gerichtsbeisitzer dem Gerichte erstattet, und überzeugen sich von dem Gange der Berathungen [2]), sie spornen durch ihre Gegenwart

---

seyn, auch ohne gerichtliche *Form*öffentlichkeit! Wiederholt sey aber nochmals: „auch diese Oeffentlichkeit der Gerichte hat ihren eigenen Werth", und ist besser, als das in vielen Ländern Teutschlands noch fortdaurende schleppende und mifsgestaltete Verfahren vor und von den Gerichten; — aber verneint wird: dafs sie, jene *Form*öffentlichkeit, das *Mittel* sey, den Richter und Rechtsbeistand klug, gerecht, und redlich zu machen, ist er es nicht schon vorher im verborgensten Winkel. Alle jene Pflichttugenden sprechen sich durch die Producte und Folgen der Thätigkeit des Richters und Advocaten, durch deren ganzes Amtsleben, weit sicherer aus, als durch die Gabe, mit dem Mund öffentlich shön und unterhaltend zu sprechen. Die schlechte Sache findet dadurch eben sowohl, als in der einsamen Gerichtsstube, oder in der Schrift, den gewandtesten Vertheidiger — und dann fragt es sich: welcher von beiden schadet dem öffentlichen Rechtsleben und der Gerechtigkeit *mehr*? Das Volk soll das Daseyn oder Abseyn der gesetzlichen Gerechtigkeit *aus der Rede des Sprechers* erkennen? Gewifs nur in der seltenen Ausnahme! Trägt insonderheit die Formöffentlichkeit zur *Kürze* des Processes und zur *Minderung der Processkosten* bei, so sey sie uns *vorzüglich deshalb* willkommen. Allein hier liegt nicht blos Phantasie, sondern *Unwahrheit*, wenn man nämlich das in das Auge fafst, was der teutsche Proceſs seyn *soll*, und unschwer *werden könnte*. Manche, die jenes wähnen, haben gar keinen Begriff von der sogenannten öffentlichen mündlichen Rechtspflege; und im Gefolge dieser Ignoranz erheben sie dieselbe entweder in den Himmel oder stürzen sie herab zur Hölle. Beide täuschen sich gleichstark. M. s. Note 6. *Gensler.*

2) Ja — das hat eine sehr offene freundliche Seite! Allein man erwarte den Erfolg der Ausführung, und deren Mög-

Digitized by Google

die Richter zur richtigen Würdigung des Processes, und erfahren alle Gesichtspuncte des Streites [3]), so wie lebendig die entscheidenden Gründe des Urtheils [4]). Ein solches Verfahren ist

---

lichkeit in bedeutenden Rechtsstreitigkeiten! — Würden den Parteien Einwürfe während des Vortrags, oder auch nur nach dessen Beendigung erlaubt, (ohne welche Erlaubniſs das Gegenwärtigbleiben der Parteien bei dem Votiren und Discutiren der Gerichtsbeisitzer eines Theils ihnen nichts nützen, andren Theils aber der Rechtspflege von mancher Seite schaden dürfte, z. B. durch des Besiegten Auffassen der zur Einwendung eines Rechtsmittels ihn reizenden, vielleicht nicht blos rechtsirrigen, sondern sogar rechtswidrigen, Ansicht und Gründe eines der Sache des Siegers widrigen Referenten oder Votanten, durch ein, das so nöthige Zutrauen zu dem Gericht auflösendes, Blosstellen vielleicht nur augenblicklicher, collegialisch beseitigter, Schwachheit einzelner, sonst redlicher, rechtlicher, und fähiger Beisitzer jenes Gerichts u. s. w.), so mögte jene Relation ein *neuer* Proceſs werden und zur Beendigung, statt Stunden, *Tage* erfordern. Zwecklich ziehen sich daher Präsident und Richter nach franz. Proceſs, ist das Plaidiren der Rechtsbeistände beendigt, in die Berathungskammer zur einsamen Erwägung zurück. Heimlichkeit ist ein Scheusal — aber hinter manchem Schleier kann der Mensch, reiſst er ihn überklug ganz hinweg, sich selbst als Thier erblicken, rath- und mittellos, aus den eigenen Krallen sich zu retten! *G.*

3) Ein am Schlusse der Verhandlungen, vor der Relation und dem Erkenntniſs, entworfener, den Parteien zu Erinnerungen vorzulegender, status causae ist wohl *noch mehr* geeignet, die Parteien sicher zu stellen, daſs von den verhandelten, zur Entscheidung reifen, Streitpuncten keiner übersehen oder verunstaltet werde. *G.*

4) Diese Gründe sollen und müssen den Parteien, zugleich mit dem entscheidenden Erkenntniſs, immer ertheilt werden, will sich die teutsche Justiz in den Ländern, wo jenes noch nicht ausdrücklich geboten ist, von dem ge-

Digitized by Google

zweckmäßiger, als die Plaidoieriеen des französischen Processes [5]), bei welchen es dem Gerichte an einer Grundlage fehlt [6]), und giebt den Parteien selbst mehr Befugnisse, als ihnen der franz.

---

rechten Vorwurf der Heimlichkeit befreien. Soll ein status causae der Publication des Erkenntnisses nicht vorausgehen, so mache der Richter, gleichsam als Actenextract der Relation, dormit die Einleitung zu den Entscheidungsgründen — er bilde voran deren *factische* Grundlagen. Welcher rechtskundige Richter den Zweck fafst, wird in bündiger, auf den Acteninhalt sich beziehender, Kürze durch jenes Herausheben der zu entscheidenden Streitpuncte den klaren Beweis führen, dafs sein Richterblick das Ganze redlich und rechtlich ergreift. Er sehe diese seine Arbeit an als einen Bericht, oder als eine Relation, an die Parteien und an das Publicum. *G.*

5) Dürfte wohl bezweifelt werden, auf die Note 2. zurückgesehen. *G.*

6) Der Präsident eines Gerichts nach franz. Gerichtsform erhält mehrere Tage vor der Sitzung, in welcher die Sache plaidirt werden soll, die von den Anwälden *ausergerichtlich* instruirten *schriftlichen* Acten, um diese zu *studiren*; und so ist er vorher, besser als mancher überladene, oder faule, oder rechtsschwache teutsche Richter, von den Streitpunkten unterrichtet, welche plaidirend vorgetragen und worüber dann von ihm und seinen Mitrichtern abgesondert berathen und öffentlich erkannt werden soll. Jene schriftlichen, in den Besitz der Anwälde zurückgehenden, Acten sind oft weitschichtiger, und wenigstens kostbarer, als teutsch-processliche Acten über den nämlichen Gegenstand seyn würden und zu seyn brauchen. Insoferne fehlt es dem franz. Gericht keineswegs an einer *schriftlichen Grundlage* der mündlichen Vorträge und der Entscheidung auf diese. Der franz. Proc. ist auch *zunächst schriftlich*, dann aber *in der Art mündlich*, dafs in der öffentlichen Gerichtssitzung *der Inhalt jener Acten* von den Rechtsbeiständen der Parteien frei vorgetragen und das ad jus gehörige, was auf

Proceß gewährt. Dies Schlußverfahren könnte jedoch nach unserer Meinung noch zweckmäßiger durch zwei Zusätze werden.

1) Wenn dem Gerichte das Recht gegeben würde, an die anwesende Parteien über dunkle Stellen der Verhandlungen, über lückenhafte Aeußerungen, Fragen zu stellen, um bestimmte und vollständige Aussagen zu erhalten [7]).

2) Wenn den Parteien die Befugniß ertheilt würde, nach dem erstatteten factischen Theile des Vortrags des Referenten

---

die dort niedergeschriebenen, im mündlichen Vortrag wiederholten, facta angewendet werden soll; näher rechtswissenschaftlich ausgeführt wird. Ueber dieses Plaidiren führt der Greffier nur ein *Form*protocoll. Das teutsche mündliche Verfahren (vom Mund aus in die Feder) bestehet in der *protocollarischen Nieder*schrift des *Materials* der *mündlichen* Vorträge der Parteien, oder ihrer Beistände; enthalte nun dieser Vortrag *Thatsachen* und deren *Beantwortung*, oder Bezug auf *Gesetze* u. *Rechtsprincipien*. Hier würde das öffentliche Gericht im Sinne des franz. Proc. nur ein Exercierplatz für *Gähnlustige* seyn, zumal wenn der Richter seinem Lohnschreiber, oder einer Actuariats-Maschine, das Protocoll in die Feder dictirt. Wenn man dem franz. Proceſs die gute Seite abgewinnen will, so muſs man ihn von solchen teutschen Richtern und Anwälden üben sehen und hören, welche, auf teutschen Universitäten gebildet, von der Metaphysik des teutschen Processes Kunde haben. Diese Anwälde sorgen auch für klare schriftliche Acten und dirigiren zu diesem Zweck den rechtsunkundigen Huissier. *G.*

7) Das ist ein *wesentliches* und *gesetzliches* Princip der teutschrechtlichen Verhandlungsmaxime. In dem schriftlichen Verfahren äuſsert es sich der Regel nach a) durch das Verwerfen dunkler, unvollständiger u. s. w., Vorträge, mit ausdrücklichem oder stillschweigendem Vorbehalt der Verbesserung, b) durch das Gebot einer deutlichen *Antwort*, ja selbst c) in der officiellen Beaugenscheinigung des Richters zum Zweck *deutlicher Vorstellung* von dem Streitgegenstand u. dgl. *G.*

Digitized by Google

an das Gericht Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten des Vortrags zu rügen [8]).

Zwar scheint der erste Vorschlag der Verhandlungsmaxime zu widersprechen; erwägt man aber, daß sowohl römischer als canonischer Proceß nach deutlichen Stellen dem Richter das Recht gaben, die Parteien persönlich vorzurufen und Fragen an sie zu stellen, ungeachtet beide Proceßgesetzgebungen auf der sogenannten Verhandlungsmaxime beruhen, so ist die Einwendung wohl zu beseitigen, und es käme nur darauf an, den Richter bei dieser Fragestellung so zu beschränken, damit seine Thätigkeit nicht in ein inquisitorisches Verhör ausarten könne [9]).

V. Für die Abkürzung des Verfahrens enthält der Entwurf mehrere weise Vorschriften; besonders daß 1) in der Regel die Verhandlung nur auf zwei Schriften beschränkt ist, so daß Replik und Duplik nur vorkommt, wenn sie durch solche ganz neue Thatsachen eines Theils veranlaßt werden, worüber sich der Gegner erklären muß; 2) sehr abkürzend ist die Abschaffung der Interlocute, wogegen besonders nach gemeinem Rechte immer wieder Berufung [10]) ergriffen und der Proceß verzögert

---

8) Vergl. Note 2. S. 303 ff. *G.*

9) Vergl. Note 7. S. 306. Die Beschränkung liegt ebenfalls schon in der *Natur* der Verhandlungsmaxime. *Aufhellen* darf und soll der *dirigirende* Richter die *vorgetragenen* Thatsachen; er darf und muss ihre *Unvollständigkeit*, *Unschlüssigkeit* u. s. w., *bemerklich machen;* allein *selbst ergänzen* darf er nicht — nicht *suppliren* — nicht *suggeriren*. *G.*

10) Das Decret, welches der *Rechtskraft* nicht fähig und unterworfen ist, wie die *merae* interlocutiones, schliefst auch nach teutschem Proceſs den Gebrauch der Appellation und jedes ordentliche Rechtsmittel aus. Die Grundbedingung fehlt. Beschwerden über das Verfahren des decretirenden Gerichts können jede Proceſsart hemmen; bei ihnen aber ist das *Gericht*, und nicht der Gegner des sogenannten Appellanten, der angegriffene Theil, wenn-

Digitized by Google

werden kann. 3) Weise ist die Vorschrift, daß alle Incidentpunkte nicht im ordentlichen, sondern nur im summarischen Proceßgange verhandelt werden sollen, so wie 4) die Anordnung, daß in einem Termine der Richter den nächsten Termin festsetzen soll, wodurch viele kostspielige Ladungen erspart werden. — Manche andere Vorschriften könnten jedoch mehr als es im Entwurfe geschehen ist, auf Abkürzung berechnet werden. So wäre es nothwendig bei den Vorschriften über die Antwort des Beklagten strenger zu seyn, und dem Geiste der Eventualmaxime mehr zu folgen. Zwar fordert S. 160. in der Regel eine einläßliche Antwort; allein der S. 157. befreit *zuviele* Einreden von der Verpflichtung zu dieser Antwort, und S. 160. erklärt sich nicht bestimmt genug über die Verbindung der Einreden mit der Antwort. — Verzögerlich scheinen auch die Vorschriften über Zeugenbeweis. Wenn die Zeugen bereits vernommen sind,

---

gleich dieser die richterliche Processdirection zu rechtfertigen sich bestrebte. Gegen *entscheidende* Interlocute, interlocutiones *mixtas*, die Rechtsmittel zu versagen, ist eben so gewiss *ungerecht*, als es nicht als weise genannt werden kann, auch den *entscheidenden Theil* dieser Zwischenbescheide der Rechtskraft ganz zu entheben. Mögte man doch, zum Heil und Besten der Rechtspflege, jedesmal sich freuen, wenn der Parteien stillschweigender Consens in das ausgesprochene Erkenntniss des Gerichts für die Fortsetzung des Processes eine *feste Basis* legt, und der künftigen Laufbahn der Verhandlungen, so wie deren Gegenstand, eine geregelte Gränze setzt! Begreifen läfst sich z. B. nicht, wenn ein Gesetz verordnet: „auch das als Resultat des ersten Verfahrens über die Beweislast erkennende und ein Beweisthem aussprechende Interlocut solle *nicht rechtskräftig werden.*“ Kein Satz kann Unendlichkeit oder Verwirrung des Processes mehr veranlassen, als jenes Princip, welches *Entscheidung* mit Processleitung verwechselt, oder diese so sehr verschiedene Thätigkeiten des Richters gleichmäfsig beurtheilt wissen will. *G.*

Digitized by Google

so haben die Parteien noch das Recht, Erläuterungsfragen an die Zeugen stellen zu lassen[11]). Auch die Beeidigung der Zeugen geschieht auf Verlangen der Parteien in einem neuen Termine. Nicht zu läugnen ist, daß diese Vorschrift wegen der Beeidigung auf einer sehr würdigen Ansicht von der Nothwendigkeit beruht, die Eide sparsam anzuwenden. Die teutsche Praxis beeidigt jeden Zeugen, auch den unbedeutendsten, auf dessen Aussage gar nichts ankömmt, und schwächt durch diese Bestimmung das Ansehen des Eides. Die Schweiz achtet noch den Eid heilig und sucht seine Kraft zu retten; indem sie ihn selten und nur in Fällen der Nothwendigkeit anwendet[12]). Warum aber die Zeugen

---

11) Gebe wenigstens der Himmel, dafs die Gränze dieser Erläuterungsfragen durch das Wort *Erläuterung* gesteckt sey und beachtet werde! Leicht kann ein Incidentstreit *darüber* entstehen: ob nicht die angegebenen Erläuterungsfragen *neue* Thatsachen in sich fassen? Auch nach teutschem Processs kann die Partei verlangen, dafs der Zeuge die ertheilte dunkle Antwort erkläre — *ihren Sinn* aufhelle; alles aber, was diesen Zweck überschreitet, ist nach verflossenem Beweistermin versäumt und unzulässig, insoweit es nicht die Natur eines noviter reperti hat, und *deshalb* Additionalfragen (Artikel) erlaubt macht. Uebrigens soll auch der das Zeugenverhör dirigirende Richter mit einer *dunklen* Antwort des Zeugen *sich nicht begnügen*. Auch hier tritt sein amtspflichtiges Aufhellungs-Fragerecht ein. Daher darf er ja die in *einem* Zeugenartikel enthaltenen mehreren Thatsachen *sondern*, um den Zeugen über *jede einzelne* besonders zu befragen, läfst sich besorgen, eine Antwort auf das Ganze werde Vagheit, Zweideutigkeit u. dgl., zur Folge haben. Erläuterungsfragen sind also nur *aus den Worten des Sazzes* herzunehmen, auf welchen der Zeuge undeutlich antwortete, oder aus den Worten dieser Antwort. *G.*

12) Zu freigebig ist der Entwurf, wann er die eidliche Erhärtung jedes Gewerbbuchs S. 208. für vollen Beweis gelten läfst. Welches weite, dem Mitbürger gefährliche, Feld ei-

Digitized by Google

zweimal verhören lassen, und dadurch die Kosten vermehren? Viel einfacher wäre es, wenn man den Parteien das Recht gewährte bei der Zeugenvernehmung selbst gegenwärtig zu seyn, und durch den Richter Fragen an die Zeugen stellen zu lassen [13]).

---

gennütziger Selbstzeugnisse! Welcher Reitz zum betrügerischen Mifsbrauch des Eides! Hier aber, bei den eigentlichen Zeugen, soll der Eid geschont werden, damit er in Achtung bleibe! Diese Schonung geschiehet gewifs am *unrechten* Ort. Unter allen Meineiden werden die wenigsten von Zeugen geschworen, vereidet man die Zeugen vor dem Verhör. Zeugen-Meineide *entstehen* aber, wenn der Zeuge voran, ohne eidliche Verpflichtung, vernommen wird; und es setzt diese Procedur die Wahrheit und Gerechtigkeit in *hohe Gefahr*. Schwört der Zeuge den Eid erst ab, so lebt dieser in seinem Gewissen während des nachfolgenden Verhörs. Bleibt er unvereidet, ist nicht einmal als gewifs vorauszusehen, ob noch eine eidliche Bestärkung von ihm werde verlangt werden, so ist seine Aussage leichtfertiger. Ist er wirklich nicht ganz geneigt, die reine volle Wahrheit zu sagen, so irrt er eher von ihr ab, oder hält einen Theil zurück. Wird seine am Schlufs des Verhörs bestätigte Aussage einst ihm wieder vorgelesen, so mag er sich wohl nicht selbst berichtigen, oder wiederrufen, oder ergänzen. Denn dadurch bekennt er, dafs er bei jenem, als richtig niedergeschrieben anerkanntem, Verhör nicht ganz redlich oder bedächtlich war. Er beharret also leichtmöglich auf seiner frühern nicht ganz richtigen Aussage, und schwört. Wie aber, wenn der Zeuge etwas relevantes nicht aussagt? Sonderbar! Vielleicht hätte er *viel relevantes* ausgesagt, *wäre* er vereidet *gewesen*. Das teutsch- und römischrechtl. Princip mögte also immer den Vorzug behalten. Lieber frage man die Parteien gleich bei der Production der Zeugen, „ob sie nicht beide diesen den Eid erlassen, und beiderseits ohne Eid den Zeugen glauben wollen." *G.*

13) Werden Zeugenartikel von dem Producenten so verfafst überreicht, wie sie seyn sollen, nicht aber wie sie

Digitized by Google

VI. Auch einzelne Bestimmungen des Entwurfes verdienen nähere Würdigung. S. 19. 20. nennen mehrere Personen, die in der Gemeinschaft eines Rechts oder einer Verbindlichkeit stehen, Streitgenossen, und unterscheiden, ob diese in einem Correalitätsverhältnisse stehen oder nicht. Im ersten Falle kann jeder auf das Ganze klagen und belangt werden, muß aber den Anderen den Streit verkündigen; im zweiten Falle kann er die Einwendung mehrerer Streitgenossen entgegensetzen, und sich dadurch von der Einlassung befreien. Daß aber diese Ansicht unrichtig ist, daß auch von Gemeinschaft des Rechts nicht gesprochen werden kann, ist hinreichend schon von Martin dargethan. Auch die Legitimation zur Sache Satz 23. ist nicht befriedigend erörtert. Es wird blos vom Kläger gesprochen, welcher sich legitimiren soll. Die einzig richtige Ansicht Gensler's in seinem Handbuche zu Martin, nach welcher auch der Beklagte sich active legitimiren muß, scheint dem Verf. des Entwurfs nicht bekannt gewesen zu seyn. Die Nennung des eigentlichen Beklagten ist S. 24 — 25 mit Unrecht auch auf den Fall ausgedehnt, wenn jemand, welcher eine Handlung als Stellvertreter eines Anderen vorgenommen hat und dieser Handlung wegen in eigenem Namen belangt wird. Weder Name noch Grund des nominatio auctoris, noch die juristische Wirkung, passen auf diesen Fall. Die Streitsverkündigung ist S. 29. ebenfalls zu weit ausgedehnt, und soll eintreten, so oft jemand des Streitsgegenstandes halber einen Rückgriff auf einen Dritten zu haben vermeint. Die Unterlassung der Streitverkündigung wird als eine Verzichtleistung auf den Rückgriff ausgelegt. Diese Vorschrift läßt sich legislativ nicht rechtfertigen, (auch das röm. Recht enthält nach richtiger Auslegung diesen Ausspruch nicht) und führt nothwendig zu vielen Streitigkeiten. Gute Bestimmungen enthält

---

gewöhnlich sind, so ist die Procedur *sicherer* und *kürzer*, und die Verhandlungsmaxime bleibt auch hier in ihrem Geleise. *G.*

Digitized by Google

der Entwurf S. 55 — 61. über das Armenrecht und S. 77 — 80. über die Vorladungen. Nicht billigen aber kann man die Vorschrift S. 82., daß der Rechtsstreit mit der Mittheilung der Klage beginne, und daß unter die Wirkungen des Anfangs auch die, daß der Besitzer keine wesentliche Veränderungen mit dem Streitgegenstande machen dürfe, aufgenommen ist. Es ist nicht einzusehen, wie der Streit als solcher durch Mittheilung der Klage begründet werden soll, weil sich selbst noch viele Einreden denken lassen, wodurch sich der Beklagte von der Einlassung völlig befreien kann. Ein so früher Anfang des Streits führt selbst durch seine Wirkungen zu Ungerechtigkeiten, und das aus nov. 112. genommene Verbot der Veränderung läßt sich, wie schon Leyser gezeigt hat, auf den heutigen Proceß nicht mehr anwenden. — Zu hart und zu allgemein ist das Verbot S. 86., daß keine Partei den factischen Theil der ersten Vorträge, oder auch nur den angebrachten, Schluß abändern dürfe. — Gewiß verdient der von Gönner in seinem Proceßentwurfe deswegen gemachte Vorschlag alle Billigung. Die Vorschrift des vorliegenden Entwurfs erschöpft die in der Erfahrung vorkommenden Fragen nicht: darf der Kläger seinen Streit nicht fallen lassen, und inwieferne darf er an die Stelle des bisherigen Vorbringens ein Neues setzen? Nach diesen Fragen allein kann die Controverse von Abänderung des Anbringens beurtheilt werden. — Manche zweckmäßige Bestimmungen kommen in dem Contumacialverfahren vor S. 105 — 117. Wenn eine Partei ausbleibt im Termine, so kann sie die anwesende öffentlich vor dem Ende der Sitzung rufen lassen, und, wenn sie nicht erscheint, darauf antragen, daß der Anwesende einseitig zur Verhandlung zugelassen werde. War die ausbleibende Partei zu einer von ihr vorzunehmenden Proceßhandlung vorgeladen, so betrachtet das Gesetz das Ausbleiben als Verzicht auf die betreffende Handlung. Die anwesende Partei, welche zur einseitigen Verhandlung zugelassen worden ist, muß den Protocollauszug ihrem Gegner zuschicken und den künftigen Termin 14 Tage vor dem Eintritt desselben bekannt machen. Bleibt

Digitized by Google

die vorgeladene Partei auch zum zweitenmale aus, so kann die erscheinende darauf antragen, daß ihre eigenen Behauptungen als erwahret, und die Verneinungen der Ausgebliebenen als zurückgezogen zu erklären, und die Akten zu beschließen seyen. Die ausgebliebene Partei kann sich auch in den vorigen Zustand aus erheblichen Gründen s. S. 112. einsetzen lassen. — Eine merkwürdige Bestimmung enthält der Satz 81., nach welchem die Anbringung der Widerklagen verboten ist. Allerdings ist diese Vorschrift für den an die allgemein gesetzlich angenommene Zulässigkeit der Widerklagen gewöhnten Rechtsgelehrten sehr auffallend; erwägt man aber, wie häufig diese Widerklagen störend im Processe wirken, wie sie das Verfahren verwirren, und oft Incidentstreit über die connexitaet u. dgl. veranlassen, so kann man den Entwurf nicht mißbilligen. Es muß jedoch dabei vorausgesetzt werden, daß dies Verbot im Entwurfe nicht auf Gegenforderungen ex eodem negotio, auf eigentliche actiones contrarias, sich beziehe. — Sehr auffallend ist auch Satz 175. die Vorschrift: daß der Richter nie gestatten dürfe, daß eine Partei den von der andern geführten Beweis dadurch zu entkräften suche, daß sie den Beweis von Thatsachen übernimmt, welche mit solchen Thatsachen im Widerspruche liegen, über welche die andere Partei in der Verhandlung wirklich einen Beweis geführt hat. Der Vorbericht S. XVII. rechtfertigt die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift; indem dem Gesetzgeber daran liegen müsse, Beweismittel, gegen welche keine Einwendungen gemacht werden, bei ihrem Ansehen zu erhalten. Aber ist denn das Interesse der Gesetzgebung nicht noch dringender, Wahrheit zu erhalten, jeder Partei die vollständigste Rechtsvertheidigung möglich zu machen? Warum soll dem Beklagten, welcher sich auf 2 Zeugen beruft, die hörten, daß bei dem Kaufsabschlusse noch diese oder jene Bedingung u. dgl. gemacht wurde, nicht erlaubt werden, den Beweis zu führen, wenn auch der Kläger seinen Beweis, daß der Kauf ein unbedingter war, durch zwei andere Zeugen zu führen sucht? Möchten die bisherigen Auszüge hinreichen, um das Publikum auf einen Ent-

Digitized by Google

wurf aufmerksam zu machen, der sich durch viele merkwürdige Bestimmungen auszeichnet [14]).

XX.

Ueber die Anwendung der L. 7. pr. D. de servitut. praedior. rusticor.

Von dem
Dr. Sommer, Advokaten zu Kirchhundern.

Wir haben das römische Recht, ohne genau zu wissen, wie es an uns überkommen ist. Ob wir es behalten sollen, ist eine nicht hierher gehörige Frage. Aber das ist auffallend, daß wir bis jetzt noch nicht ganz wissen, wie das fremde Recht anzuwenden sey. Mit Webers Grundsätzen in den Reflexionen u. s. w. ist man bald zu Ende, ohne sich im Reinen zu finden. Gewöhnlich liegt wohl der Fehler darin, daß man überhaupt keine richtigen gesunden Grundsätze über die innere Natur

14) aber auch gerügte und *nicht gerügte* Beweise genug enthält, dafs das überall rege Besserungs-Streben buntscheckig sich durchkreuzt und überall den Grund legt zu einer Summe unendlichen verwirrenden Gelehrtenzwists, so dafs immer der Zuruf verzeihlich bleiben wird: reiniget das Alte von den Schlakken und Auswüchsen des Schlendrians — gebt teutsche verständliche Gesetze im Geist der teutschen Gesetze, unter Mithülfe der teutschen wissenschaftlichen Cultur! Mögte man die jetzigen Gesetzgebungen nur als einzelne Entwürfe ansehen dürfen, aus welchen allen einst das Beste gehoben und zu einem wirklichen, in sich consequenten, Ganzen gebildet würd! *G.*

Digitized by Google

des Rechts und der Wissenschaft, und also noch weniger über das Verhältniß des römischen Rechts zu seinen Zeitgenossen und zu uns hat. Die gewöhnliche irrige Ansicht läßt sich ganz leicht bezeichnen, wenn man von ihr sagt: daß sie fast jede Pandectenstelle, nicht nur eine lex nenne, sondern auch wirklich dafür halte, und daß sie die Gesetze für die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten ansiehet. Daß solche Ansicht unrichtig sey, hat Hugo und überhaupt die historische Schule zur Genüge dargethan.

Das Recht ist ein Theil des allgemeinen Volkslebens; es drückt die Verhältnisse des Lebens aus, wie die Sprache das Leben der Gedanken. Aus dem Leben geht die Wissenschaft hervor, und nicht bilden umgekehrt die Wissenschaft und die Gesetze das Recht. Dieses soll das Gesetz nur dorther heben, durch Hülfe der Wissenschaft, und solche soll auch das Bindemittel seyn und bleiben zwischen den Verhältnissen des Lebens und dem Gesetz.

Der Richter soll finden, was für ein Rechtsverhältniß zwischen zweien, über dieses uneinigen, Subjecten obwalte. Er hat zu diesem Zweck zunächst darauf zu sehen, was diese Parteien unter sich gesetzt haben, und dann, was der gemeinen Ansicht nach zu vermuthen sey, daß sie stillschweigend unter sich gesetzt haben [1]). Aus diesen Vermuthungen bildet sich allmählich die Wissenschaft des Rechts. (!) Die Wissenschaft abstrahirt allgemeine Erfahrungssätze aus der Wirklichkeit, wie die naturalia der Verträge, und bildet diese weiter aus. Dieses Ausbilden ist das logische Element im Rechte. So leuchtet es ein, daß die Rechtswissenschaft in stäter Verbindung mit dem Leben, ja dessen Ausdruck seyn muß. Betrachten wir aus diesem Gesichtspunkte die Weisthümer der römischen Rechtsgelehrten, und ihre wissenschaftlichen Arbeiten, d. h. ihre Behandlung des logischen Elements im Rechte, so werden wir mit

1) Daß ein Drittes zu Recht erkannt werde, das nämlich, was ein absolut ge- oder verbietendes Gesetz gesetzt, ist ein ungleich seltnerer Fall, mithin eine Ausnahme.

Digitized by Google

hoher Ehrfurcht für sie und den damaligen Stand der Wissenschaft erfüllt. Man sieht, daß das Leben und die Wissenschaft in beständiger Wechselwirkung waren. Sie würden lächeln über die so in den Pandectenstellen ewige leges finden, oder das Entstehen so verstehen, als habe dadurch der organische Zusammenhang des Lebens mit der Wissenschaft durch Erhebung der Resultate der Letzteren zu leges aufgehoben werden sollen.

Aus dieser Ansicht folgt nun freilich, (und es wird sich an einem anderen Orte umständlicher beweisen lassen,) daß keine Rechtswissenschaft gesund genannt werden kann, wenn sie sich nicht aus den Lebensverhältnissen desjenigen Volks entwickelt, dessen Rechtsverhältnisse sie beleben soll — m. a. W. solange sie durch den Buchstaben eines fremden Rechts gefesselt ist.

Das römische Recht hatte nicht zu allen Zeiten gleiche Geltung in Teutschland. Man kann hier zwei Perioden unterscheiden. In der ersten war das römische Recht rein revolutionär gegen alles vaterländische Recht; in der zweiten Periode hörte dieses Eroberungssystem auf — das fremde und und einheimische Recht verbanden sich, und der Grundsatz wurde fest: „daß das römische Recht Hülfsrecht sey für die Fälle, wo keine einheimische Entscheidungsquelle vorliege."

Die erste einheimische Entscheidungsquelle ist nun, mangelt es an positiven vaterländischen Gesetzen, nächst den Verträgen, auch die Natur der Sache. Was diese sey, läßt sich in den einzeln Fällen nur in und aus dem wirklichen Volksleben finden und erklären — aus dem Charakter und der Cultur des Volkes, aus welchem, dem Gesetz und Richter untergebene, Mitglieder in dem streitigen Rechtsverhältniß sich eben befinden. Aus jenem Volksleben ist zu schließen, was diese Interessenten auch stillschweigend gewollt haben. Ein tauglicher Richter kann also nicht seyn, welcher das an seinen Richterstuhl gewiesene Volk in dessen Leben und Eigenthümlichkeiten nicht kennt — welchem der offene Sinn fehlt, der die

Digitized by Google

Erscheinungen des Volkslebens auch in ihrer Gesammtverbindung zu ergreifen und ihn in stäter Verbindung mit dem innern Wesen des Volkes zu erhalten vermag. Dieser offene Sinn für Volks- und Menschenkenntniß ist es, der nicht wenigen praktischen Rechtsgelehrten abgehet; der Mangel an jenem Sinne ist es, welcher so manchem Rechtsgelehrten das Auge verdunkelt, soll er in das Volksleben hinausschauen und seinen Blick von dem Buchstaben abwenden, in welchem er die Resultate des Volkslebens schon für die Ewigkeit gebannt und wie in einen Guckkasten eingeklebt glaubt. Ein solcher, wohl redliche und eifrige, Rechtsgelehrte ist froh und am Ziel, findet er eine nach seiner Ansicht anwendbare Regel des fremden Hülfsrechtes; unbekümmert, was wohl die Natur der Sache in der Gegenwart dazu sagen möge. Vielleicht daß folgendes Beispiel einen Beleg dazu abgiebt.

In dem fr. 1. pr. D. de serv. praed. rust. sagt Ulpian: „Via est jus eundi et agendi et ambulandi, nam et iter et actum in se via continet;“ und in fr. 7. L. 7. pr. eod. sagt Paulus: „Qui viam habent, eundi agendique jus habent [2]), plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.“

---

2) Wenn nach Ulpian auch Justinian selbst spricht: via est jus eundi et agendi et ambulandi (wo manche das eundi in vehundi verwandeln mögten) so wird wohl der Begriff einer via (welches die Gerechtsame zu fahren und den Fahrweg selbst zugleich bezeichnet) vorausgesetzt. Das Recht, auf einen Fahrweg zu fahren, bedarf keiner Definition, sondern nur die Bestimmungen seines Umfanges oder seiner Beschränkung. Oder wenn in jenen röm. Gesetzen u. a. O. die via auch mit dem Doppelwort ire-agere bezeichnet wird, L. 9. Dig. de servit., wenn sogar bei der vindicatio servit. viae jene Worte in der Klagformel wesentlich gewesen seyn mögen, Glück, §. 676. p. 160, so war wohl jenes ein ähnlicher Sprachgebrauch, wie der Teutsche z. B. mit Weg und

Es giebt wohl wenig Juristen, die nicht täglich bereit wären, diese Stellen so gradezu anzuwenden. So sagt z. B. Hofacker [3]): Via denique est jus eundi, et agendi, et ambulandi, ut adeo comprehendat 1) non tantum iter et actum principaliter ex juris necessitate, sed et 2) facultatem, suo jure libere agendi jumenta et vehicula majora rel. [4]). Thibaut aber [5]) lehrt: „Mit der via ist unzertrennlich alles verbunden, was auch in iter und actus enthalten ist. Und obgleich Thibaut [6]) überhaupt bei den römischen Servituten den sehr richtigen Grundsatz aufstellt: „daß das, was das römische Recht darüber enthalte, eigentlich nur aus sprachrichtigen Folgerungen bestehe, und bei uns, wenn mit teutschen Worten eine Dienstbarkeit errichtet werde, nur insofern Anwendung finden könne, als sich beweisen lasse, daß das teutsche Wort mit dem römi-

---

Steg den Begriff offener Straßen zu verbinden pflegt. Das Zusammenfügen zweier resp. gleichhaltiger Worte brachte einen höher potenzirten Begriff hervor, Cicero, de oratore, Lib. III. Cap. 54., und da schon im actus auch iter der Regel nach, wenigstens zum Zweck des actus, enthalten war, L. 1. Dig. de adim. legat. mit L. 4. §. 1. quemadm. servit. amitt., und L. 1. pr. D. de serv. praed. rust., so gabe die Verbindung ire-agere einen dritten allgemeinern Begriff — den der via; zumal auch actus plenus zu einem dem dienenden Gut unschädlichen Fahren schon berechtigte. L. 1. cit. L. 13. Dig. de servitut. L. 12. Dig. de servit. praed. rust. Glück, a. a. O. §. 675. Justinians u. Ulpians Zusatz: et ambulandi zeigt auch nur hin auf den möglichst höchsten Gebrauch eines Weges. Auch in dem neu entdeckten Gajus findet man nur die Worte: eundi-agendi. Lib. 2. §. 31. Lib. 4. §. 3. *Gensler.*

3) In Princ. jur. civ. rom. germ. §. 1091.

4) M. vergl. vorzügl. Glück, zu Hellf. B. 10. §. 676.

5) Syst. des Pandectenrechts §. 608.

6) A. a. O. §. 607.

schen völlig gleichbedeutend sey", — so wird die Wegdienstbarkeit doch wirklich als eine richtige Uebersetzung von servitus viae angesehen, und daher wenden selbst Thibauts Schüler obige röm. Gesetze unbedingt [7]) und buchstäblich an.

---

7) Dieses unbedingte will wohl Thibaut so wenig lehren, als andere Lehrbücher es behaupten. Jener und diese wollen gewiß nur sagen: dem Römer ist eine servitus viae ohne inbegriffene servitus actus et itineris keine servitus viae. Und dieses liegt in der Natur der Sache, mithin in dem Volkssinn. Wenn jemand das Recht, über des andern Grund und Boden zu fahren, das Recht eines Fahrwegs sich zu bedienen, unbestimmt erwirbt, durch Vertrag, Testament ꝛc., und man wollte das Recht, Vieh über jenen Weg zu treiben und zu Fuß auf diesen zu gehen, darvon ausgeschlossen denken, so würde das kahle jus vehundi in dem gemeinen Leben der Regel nach zu Absurditäten führen und unendlichen Zwist veranlassen. Wer fährt, braucht hierzu Vieh, welches getrieben wird, und einen Treiber, welcher nicht immer auf dem Wagen sitzt, oder auf dem Thier. Auch kann das Fahren ein Hintreiben oder Zurücktreiben nicht angespannten oder abgespannten Viehes nothwendig machen, so wie das Hin- und Herschikken, Hin- und Herlaufen, eines oder mehrerer Menschen ohne Wagen und ohne Vieh. Es ist also juris et rationis necessitas, wenigstens insoweit das jus itineris et actus als begriffswesentliche Bestandtheile der servitus viae anzunehmen. Wenn aber das Gesetz noch weiter gehet, und unter der unbestimmt erworbenen via auch anderes Viehtreiben und Gehen verstehet, welches auf ein Fahren gar keinen Bezug hat, so ist dieses nur die zupräsumirende Regel, weil auf einem Weg, welchen das Volk einen Fahrweg nennt, man auch Vieh zu treiben und zu Fuß zu gehen pflegt, weil, wer das Größere giebt, auch das Geringere, ihm weniger Nachtheilige, der Vernunft und dem Volkssinn nach mitgegeben hat. Allein wo stehet denn im Gesetz oder in irgend einem Lehrbuch geschrieben: auch im letzten Gebiet der volkssinnigen Präsumtion fänden keine ausdrücklichen oder stillschweigend festgestellten Beschränkungen Statt? Die Gesetze zeigen vielmehr hie und da darauf hin, und wollen gewiß nur

Digitized by Google

Folgender Rechtsfall diene dazu, das obige näher zu prüfen.

Ein Eigenthümer hatte mitten durch seine Feldflur einen Weg angelegt, um seine Früchte nach Hause zu fahren. Seinen Nachbar hatte er die Verjährungszeit hindurch den Weg mitbrauchen lassen. Eine Viehheerde durch den Weg zu treiben, fiel keinem Menschen ein, weil auf beiden Seiten die Feldflur offen, und das Abspringen des ledigen Viehes gar nicht zu verhüten war, wogegen das angespannte, mit der Fuhre im Weg sich haltende, Vieh den Früchten nicht schadete. — Unglücklicher Weise erfuhr aber der Wegdienstbarkeit-Berechtigte von einem Juristen, daß ihm auch die Trifft [8]) zustehe. Es entstande ein Rechtsstreit, und die Richter beider Instanzen er-

---

soviel sagen: auf jeden Fall muß zum Begriff der servitus viae soviel übrig bleiben, daß der Berechtigte, zum Zweck des Fahrens und damit zusammenhängend, auch das unangespannte Vieh hin- und hertreiben, desgleichen mit seinen Leuten ohne Wagen und Vieh auf dem Fahrweg hin- und hergehen darf. Sonst müßte er wohl das anzuspannende oder abgespannte Vieh bisweilen durch die Luft werfen, oder einen andern Weg suchen, um von der Wohnung zu seinem Wagen, oder von diesem nach Haus, mit oder ohne Vieh zurückzukommen. Eben deshalb aber, weil eine gesetzliche Beschränkung auf actus und iter zum Zweck des Fahrens unendlichen Zwist und Hader über das Daseyn jenes Zwecks bei den einzeln Ausübungen veranlassen würde, will das Gesetz jene Beschränkungen nicht vermuthet wissen, sondern entbindet mit der unbestimmten via auch actus und iter unbeschränkt. Das Weitere Note 9. *G.*

8) d. h. Viehtreibe-Gerechtsame. Trifft ist in vielen Ländern mit Hut und Weide gleichbedeutend; daher Trifft-Gerechtigkeit soviel als jus pascendi. Hofacker, l. c. §. 1092. Auch mit diesem ist der Natur der Sache nach actus und iter auf dem dienenden Gut verbunden, aber hier durch die Natur der Sache beschränkt auf den Zweck des Viehweidens. *G.*

Digitized by Google

annten auf das Daseyn der Triftdienstbarkeit (Viehtreibe) in Folge der angezogenen röm. Gesetze.

Der Herr des dienenden Grundstücks wandte ein: „der Richter könne doch offenbar nicht mehr Dienstbarkeit aussprechen, als die Parteien stillschweigend gewollt hätten; er dürfe ja nicht mehr abstrahiren, als er in der Wirklichkeit als klaren Willen der Parteien finde, und so lange er dieses finde, dürfe er sich nicht auf die Abstractionen der römischen Rechtsgelehrten aus dem Leben des römischen Volkes berufen; klar sey es aber, daß der Dienende die ihm so äußerst schädliche Trifft mitten durch seine rechts und links offen liegende Saaten nicht habe gestatten, noch der andere diese erwerben wollen, weshalb solche auch nie ausgeübt worden sey; es lasse sich überhaupt kein Grund einsehen, warum hier eine absolut gebietende Vorschrift anzunehmen wäre, warum der Richter hier weiter, als bis zur Interpretation des stillschweigenden Vertrags der Parteien, gehen dürfe; es seye ja schon ein bekannter Grundsatz: tantum praescriptum quantum possestum; es sey auch gar kein Unglück, eine solche Wegdienstbarkeit ohne Trifft eine uneigentliche servitus viae zu nennen, worüber mithin die von einer eigentlichen servitus viae redenden Bestimmungen des römischen Rechts nichts entschieden u. s. w.“ [9]).

---

9) Zu wenig klar hat der Herr Verfasser des obigen Aufsatzes den erzählten Rechtsfall vorgetragen. Was forderte der zum Fahrweg berechtigte Kläger? 1) eine Viehtreibe zum Zweck des Abfahrens der Früchte? oder 2) das Recht, nicht nur Spannvieh, sondern auch pecora, als Heerde, auf jenen Fahrweg zu treiben? Im ersten Fall entschieden die Gerichte nicht blos streng gesetzlich, sondern auch nach der Natur der Sache und aus dem Volksleben, sprachen sie dem Kläger nicht mehr zu, als er forderte. M. s. Note 7. Im zweiten Falle hätte der Beklagte weit mehr Trost und Stütze in dem Geiste des römischen Rechts und an diesem gefunden, als in der von ihm angedeuteten Natur der Sache und in dem Volksleben. Wer bezeichnet Begriff und Gränze dieser idealen Wesen? Der Richter? Der Advocat?

Allein alles war vergebens; die römischen Gesetze wären klar, die Richter glaubten nach ihnen erkennen zu müssen, weil jene Hülfsgesetze in die Definition von via, als nothwendige Folge, den iter und actus nun einmal aufgenommen hatten.

Dann haben wir so vielerlei Naturen der Sache, und so vielerlei Volksleben, als es Richter- und Advocaten- und Volks-Köpfe giebt! Auch das römische Recht will, daß der Richter zunächst auf die wörtlich ausgesprochene, oder aus vernunftschlüßigen Commissiv- und Omissiv-Handlungen zu folgernde, Absicht der Interessenten eines Rechtsverhältnisses Bedacht nehmen solle, und giebt dem Richter die allgemeinen Entscheidungsregeln nur für die Fälle, wo jene Absicht nicht vorliegt, oder die vorliegende dem absoluten, auf das Gemeinwohl berechnenden, Gesetz widerstrebt. Jene allgemeinen Entscheidungsnormen sind auch nach einem Volksleben berechnet, und resp. nach einem Volksleben, welches jedem cultivirten Volk gleicheigen ist, weil es der Vernunft entspricht, und weil die Menschheit für die Vernunft keinen Plural hat. Dieses mögte insonderheit auf die servitus viae anwendbar seyn. Denn ein gewöhnlicher Fahrweg der Römer, oder der Teutschen, (der Zweck eines Fahrwegs,) dürfte wenig Merkmale einer Volksthümlichkeit an sich tragen. Hätte der Beklagte in dem obigen Fall thatsächliche Verhältnisse erweisen sollen (?) und erwiesen, aus welchen die Absicht beider Theile gefolgert werden konnte, nur eine Fahrwegsgerechtigkeit zum Zweck des Feldbaues zu geben und zu erwerben, so mußte das Gericht auch nach R. R. allerdings erachten, actus und iter sey zwar mitgegeben und miterworben, aber nur beschränkt auf jenen Zweck. Fehlten jene schlüssigen Sachverhältnisse, so ist es deren Natur und dem Volksleben ganz angemessen, das Unbeschränkte als den Volkswillen der Interessenten zu vermuthen — wie das R. R. hierunter will. S. Note 7. Des Beklagten subjectives Wollen und Denken war kein Gemeindenken, sondern error und ignorantia juris, welche in einem öffentlichen Volksleben nicht verzeihlich sind, und deren Folgen er tragen mag. Uebrigens kommen ihm die röm. Gesetze (aus der Natur der Sache und aus dem Volksleben) noch immer zu Hülfe; denn sie wollen nicht, daß die Viehtreibe zur Viehweide werde; und ist es wirklich nicht

Es ist aber weit leichter zu erkennen, daß die Entscheidung unangemessen war, als, ähnliche Irrthümer, die wir täglich begehen, zu vermeiden. Unsre Wissenschaft ist zu sehr dem Le-

---

thunlich, daß pecora auf jenem Fahrwege ohne Beschädigung der Früchte getrieben werden, so muß auch der actus insoweit unterbleiben. Dergleichen Beschränkungen und Modulationen nach Beschaffenheit des Weges und möglicher Beschädigung des dienenden Gutes leuchten ja aus den röm Gesetzen wegen der servitus viae, actus, et itineris überall hervor. Quaedam in sermone tacite excipiuntur rel. L. 9. Dig. de servitut. 8. 2. Das si modo fructus non laedat, L. 7. cit. beschränkt sich nicht blos auf das jus trahendi, oder auf das bildliche jus rectam hastam referendi; und was die Gesetze im Gebiete der servitus actus et itineris, diese besonders gedacht, wegen deren Beschränkung oder billigen Ausdehnung erwähnen, Thibaut, a. a. O. §. 608. Glück, a. a. O. §. 674 u. 75., dient auch ihr analog zur Ermäßigung u. Bestimmung der Ausübung. Und dabei ist das von dem Hrn. Verf. oben angedeutete tantum praescriptum quantum possessum gewiß von großem Belang; indem, wann der Fahrweg die Verjährungszeit hindurch so enge war, daß ledige pecora, oder eine Viehheerde, ohne Abwendung einer Fruchtbeschädigung dort nicht getrieben werden konnten, auch kein röm. Jurist erkennen würde: „der Fahrweg müsse nunmehr die in L. 8. Dig. de serv. pr. rust. bestimmte Breite erhalten, damit der Kläger auch Viehherden treiben könne". Der Beklagte konnte durch Oculärbesichtigung und andere Beweismittel jene im Laufe der Verjährung vorhandene thatsächliche Verhältnisse actengewiß machen. Daß die servitus itineris vel actus, mithin auch das jus eundi et agendi, i. e. servitus viae, mancherlei Modulationen, Bestimmungen durch ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Interessenten und, wo weder jenes noch die Vorsehung des Gesetzes ausreichte, selbst Bestimmungen des Richteramts unterworfen war, wenn nur das zweck- und Begriffwesentliche der Servitut stehen bliebe, ergiebt sich aus den mancherlei, bald engern, bald weitern, dortvon sprechenden Fragmenten, die schon so oft und so verschieden erklärt wurden. Vergl. Glück, a. a. O. §. 674. 75. 76. 77. ibi leg. et icti all. Für den Herrn Verfasser obigen Aufsatzes spricht Schweppe, röm. Privatr. §. 290. G.

ben entfremdet, und da wir gar fremde Rechtsbücher in fremder Sprache verehren, so werden wir noch lange, vielleicht immer, unserm eigenen Leben entfremdet seyn.

Gewiß würde Oeffentlichkeit der Gerichte der Wirklichkeit uns näher führen! denn ein öffentliches Gericht steht doch immer in einiger Wechselwirkung mit dem Volksleben, so daß sich die Richter aus dem engern Kreis todter Buchstaben losreißen müssen und sich unbemerkt hinübergezogen finden in das äußere Leben, dadurch aber zu mancher klaren Anschauung der Wirklichkeit [10]). Vielleicht daß die Oeffentlichkeit auch von selbst die Nothwendigkeit mit sich führt, das fremde Hülfsrecht in dessen äußerm Bestande aufzulösen, und teutsche, dem Richter und Volk verständliche, Gesetzbücher an seine Stelle zu setzen [11]).

---

10) Aber wo ist denn das teutsche Land, in welchem die Richter dem Volksleben so ganz entfremdet sind? Wer das Volksleben wirklich kennt, findet, daß die bei weitem größere Mehrzahl der teutschen Richter weiter von der Kenntniß des röm. Rechts entfernt ist, als von der Kenntniß des Volkslebens, und daß mit diesem mancher Richter sich leider allzuviel befaßt, oder befassen muß, eben deshalb aber der Wirkung für ächtes Volksleben entrückt wird. Der gelehrten Pedanten giebt es fast allzuwenig, überviel hingegen Dilletanten, Richter und Advocaten, welche sich mit einer selbstgeschaffenen, oft sehr unnatürlichen, Natur der Sache jämmerlich behelfen, und dem Gemeinwohl noch mehr schaden, als jene Pedanten. *G.*

11) Ja, wenn die Formöffentlichkeit dieses herbeiführt, so sey sie uns als Zugabe immerhin willkommen! Nur lasse man dem Richter und Volk verständliche und ausreichende teutsche Gesetzbücher vorausgehen. *G.*

XXI.

Bemerkungen über den Werth, die Natur und Gränze, des sogenannten Provocations-Processes, und über einzelne Erscheinungen in seinem Gebiete.

Von dem
Dr. jur. Moriz Wilhelm Breidenbach, Großherzoglich Hessischem Regierungs-Secretariats-Accessisten zu Darmstadt.

Abhandlung I.

Ueber die Ausdehnung oder Einschränkung des Provocations-Processes. Gegen Gönner.

§. 1.

Den Provocations-Proceß, welchem Abhandlungen, ja ganz besondere Schriften gewidmet sind, hat Grolman in einer Note abgefertigt [1]), dadurch aber kurz und sinnreich angedeutet, wie wünschenswerth eher die gänzliche Vernichtung als die Ausdehnung eines Instituts wäre, welches die bürgerliche Freiheit im Gebiete des Privatrechts beengt. Dem römischen Rechte können wir zu dem vielen, welches auf seinem Gewissen lastet, die Existenz dieses Anomalons nicht aufbürden; denn es ist bekannt, daß die oft blinde Praxis in zweien mißverstandenen Gesetzen etwas fand, was nicht darin steht, die Reichsgesetze aber auch nicht hell genug sahen, sondern, den Verstoß der Praxis zum Theil sanctionirend, diesen insoweit sich selbst auf-

1) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. §. 228. S. 389. Note 1.

gebüret haben. Aber billig sollte man bei den zwei Fällen, die Paulus und die Kaiser Diocletian und Maximian nolentes volentes vorgeschrieben haben müssen, stehen bleiben, nämlich a) bei dem Fall des Berühmens eines Anspruchs oder einer Verbreitung nachtheiliger Gerüchte (Prov. e. l. diffamari) und b) bei dem Fall des drohenden Verlusts einer Einrede bei längerm Säumen des Klägers (Prov. e. l si contendat). Wirklich thaten dies auch viele angesehene Processualisten [2]); nicht so Gönner. Dieser berühmte Gelehrte, dessen große Verdienste um den Proceß anerkannt sind, wünscht die Lehre vom Provocations-Proceß in's Unendliche ausgedehnt zu wissen [3]). Seine Gründe wurden meines Wissens bis jetzt weder angefochten, noch widerlegt [4]). Je bedeutender aber die

---

2) Marrin in dem bürgerlichen Proceß §. 243 — 246. Schweitzer über den Provocations-Proceß. Leipzig 1806. §. 1. 10. 17. u. a. m.

3) Siehe dessen Handbuch B. IV. Abh. 73. und nachher in seinem Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtssachen. Erl. 1815. S. 84. §. 7. und in den Motiven S. 216 ff., wo er das in seinem Handbuch gesagte wiederholt. In J. T. Carrachs Abhandlung „Rechtliche Anmerkungen vom Gebrauch und Mißbrauch der Provocatio ex lege diffamari" (wöchentliche Hallische Anzeigen v. J. 1758. nr. 52 — 54. und nachgedruckt in Schotts Juriſt. Wochenbl. B. 1. S. 338 — 368.) findet man nicht, wie man aus dem Titel erwarten sollte, etwas über die Frage: ob der Provocations-Proceß über die zwei angegebene Fälle hinaus auszudehnen sey oder nicht? sondern blos fades Zeug. Uebrigens ist Gönner nicht der erste, welcher eine Ausdehnung vertheidigte. Dies geschah von vielen und namentlich von Danz Grundsätze d. summ. Proz. §. 85.; Claproth Einleitung in sämmtl summ. Proc. S. 399. und vielen ältern. Ich beschäftige mich hier aber blos mit den Gönnerischen Gründen, theils weil die Gründe der andern entweder bei Gönner sich finden, oder unter aller Critik sind, (gegen Claproth, siehe z. B. Schweitzer l. c.) und theils weil kein älterer so weit gienge, wie Gönner.

4) Auch von Schweitzer nicht, aber dies wahrscheinlich darum,

Autorität einer Gönnerischen Meinung ist, je mehr die Praxis geneigt ist, eine Ansicht zu adoptiren, die einen solchen Gewährsmann hat, je leichter Gönners, mit gewandter Feder ausgeführte, Scheingründe auf neue Gesetzgebungen Einfluß haben können, desto mehr Pflicht ist es, jene Meinung zu bekämpfen, bescheidet sich auch der jugendliche Kämpe, daß er an einen Riesen sich wagt. Aber sollte denn die Liebe zur Rechtswissenschaft hier den Muth nicht eben so stählen, wie die Liebe des jungen Ritters zu seiner Dame? Man kann wirklich hier sagen: das Gemeinwohl stehe auf dem Spiel — allen Berechtigten drohe eine lästige, dem Staat und dessen Rechtspflege schädliche, Beschränkung des freien Rechtskreises.

Nach Gönners Ansicht kann jeder in jeder Sache sowohl Bekannte als Unbekannte durch den Richter, bei Strafe des ewigen Stillschweigens, auffordern lassen, die etwaigen Ansprüche anzubringen, mögen die Aufgeforderten dissamirt haben oder nicht, mag eine Einrede in Gefahr seyn oder nicht.

§. 2.

Um dieses zu rechtfertigen, beruft sich dieser Gelehrte voran auf die Billigkeit, den gesunden Menschenverstand u. d. gl. Mehrere Beispiele werden angeführt, die zeigen sollen, wie drückend es in gegebenen Fällen sey, wenn eine unbedingte Provocations-Befugniß nicht zustehe. „Von einem Kaufmann, der in einem Geschäft gestanden, schleicht irgend ein dumpfes Gerücht einer Schuld herum, ohne daß er eine Bescheinigung beibringen kann, daß grade sein angeblicher Creditor sich der Forderung gerühmt habe. Ein Hausvater mit unmündigen Kindern ahnt einen Rechtsstreit; jetzt ist ihm die Sache und sind ihm die Beweismittel bekannt; er befürchtet, daß nach seinem Tode der Berechtigte die Unmündigen belangen werde. Ein anderer Hausvater will gern in Ruhe leben und nicht den Ablauf der Verjährungszeit abwarten u. s. w. Wenn nun auch

---

weil sein Werk kurz in der Zeit nach dem Gönnerischen Handbuch, wenigstens der zweiten Auflage, erschien.

kein absoluter Zwang zur Rechtsverfolgung vorhanden sey, so existire doch ein relativer, und vermöge der Rechtsgleichheit der Parteien auch wirksam bei demjenigen, welcher Ansprüche machen wolle. Der Staatszweck verlange, daß der Bürger, weil er vom Staat Schutz seiner unstreitigen Rechte fordern könne, auch wegen seiner, wie immer zweifelhaften, Rechte die Ausmittelung der unstreitigen fordern könne. Man habe ja, meint Gönner, die actio de statu libertatis agnoscendo, actio negatoria, Provocationen zu Anerkennung der persönlichen oder dinglichen Freiheit, warum nicht auch zu Constatirung des Eigenthums, oder der Freiheit von sonstigen Verbindlichkeiten? Hiermit schon sey die Ausdehnung, durch eine positive Gesetzgebung unabänderlich, gerechtfertigt, aber auch letztere sey dafür, wie sich evident aus den Edictalladungen im Concurs bei Verschollenen u. s. w. ergäbe" [5]).

§. 3.

Wenn die Rede de lege lata ist, so kann alles ohne Ausnahme und unbedingt durch das positive Gesetz abänderlich seyn. Staatszweck, Vernunft, was man unter dem schwankenden Ausdruck Billigkeit begreifen will, und die Philosophie im Ganzen obendrein, sind, so lange das gegebene Gesetz dastehet, allerdings unterthänige Diener des Gesetzes. Stoßt die lex lata gegen jene etwa an, (wovon jedoch der Beweis immer etwas subjectiv ausfallen wird) so mag dem Einzelnen das Recht der Petition zusteben, und allenfallsigen Landständen wohl die Befugniß zum Vorschlag der Vernichtung des Gesetzes durch das Gesetz; aber bis dahin, wo jene Petition oder dieser Vorschlag die gesetzgebende Gewalt zur Abänderung bewoge, gilt Gehorsam. Schweigt nun das Gesetz über die gegenwärtige Frage gänzlich, so entscheidet freilich Natur der Sache; spricht aber jenes, so schweigt diese, oder wird nur dergestalt Hülfsmittel, daß sie das Gesetz als Sache zum Gegenstand hat. Natur des positiven Gesetzes wird Natur der Sache. Ich denke

5) l. c. §. 7.

aber, daß hier beide reden, Gesetz und Natur der Sache, und zwar gegen die Meinung jenes berühmten Gelehrten.

§. 4.

Den Rechten ertheilt der Staat seinen Schutz, nicht den Pflichten; oder m. and. W.: wer sein Recht verfolgt, kann Hülfe vom Staat erwarten, nicht aber wer seiner Pflicht entgegen handeln will. Wer eine Verbindlichkeit übernimmt, muß diese jederzeit (d. h. wenn es dem Berechtigten gefällt) zu erfüllen bereit seyn, wenn nicht ein anderes stipulirt wurde *); hat der eine das Recht zu fordern [6]), so hat der andere die Pflicht zu geben, aber nicht das Recht [7]) zu geben. Was soll ihm denn geschützt werden? Bei der Provocation wird verlangt, daß der andre entweder auftrete, oder ewig schweige. Der Provocant will also offenbar lucriren durch den Verlust, der auf das Nichtauftreten gesetzt wird. Ein jeder Gläubiger aber kann billig sagen: das wurde nicht stipulirt, da wir das Geschäft eingiengen. Und jeder Berechtigte kann einwenden: das bringt die Natur meines Rechtes nicht mit sich. Wenn ein Gläubiger 30 Jahre still sitzen will, so ist es in der Regel dem Verpflichteten kein Onus. Jenem ist ein Onus, daß er nur 30 Jahre warten darf mit seiner Klage, da ein Recht seiner Natur nach dauert, bis es durch die Tilgung der ihm correspondirenden Pflicht selbst getilgt wird. Man fasse nur Recht ins Auge, was es heißt: „jemanden zur Klage bei Strafe des Verlustes derselben zu provociren". Hat dieser keinen Anspruch, so ist die Sache freilich einfach; obgleich es doch immer etwas eigen bleibt, den Richter mit dem Aussprechen einer Re-

*) Von der mora accipiendi unten.

6) Und dies ist die Natur einer jeden Klage. L. 51. D. de O. et A. (44. 7.)

7) Nach Schweppe (Jur. Maynz. Bd. I. H. I. nr. III.) giebt es freilich ein Recht, Beklagter zu werden, als Folge des von ihm für ein Sachenrecht gehaltenen Besitzes. Allein siehe Heidelb. Jahrb. 1819. nr. 5. S. 68.

Digitized by Google

gative zu behelligen, die eben so oft und eben so häufig seyn kann, als es Mitmenschen und mögliche Ansprüche giebt. Steht ihm ein Anspruch aber zu, so ist es ungerecht, ihn zu zwingen, sich *jetzt* zu erklären, „ob er auftreten wolle, oder nicht", d. h. „ob er schenken wolle, oder nicht", und aus seinem Stillschweigen eine Schenkung zu vermuthen. Die Inconvenienzen und Ungerechtigkeiten häufen sich, wenn der Provocant an Bekannte und Unbekannte, einmal für allemal, durch den Richter Citationen ergehen lassen will. Wahr ist, daß durch den Anblick der unmündigen Kinder, des zerrütteten Hausvaters, ꝛc. mancher, wie Gönner [8]) sagt, *hingerissen* werden mag, zu wünschen, „hätte doch dem Paterfamilias eine unumschränkte Provocations-Befugniß zugestanden"! Bei *ruhiger Ueberlegung* aber wird die Entscheidung anders ausfallen. Denn einmal muß das Recht streng und consequent vorschreiten, und kann seinen höchsten Principien unmöglich durch ein etwa daraus entstehendes Mißbehagen Einzelner eine Norm vorschreiben lassen **). Stößt ein herzloser Wucherer einen armen Miether mit 12 Kindern aus dem Hause, und behält das letzte Nubelager ihm zurück — soll darum der Gesetzgeber das stillschweigende Pfandrecht des Vermiethers cassiren, oder der Richter es nicht anwenden? Sodann lassen sich auch recht viele Fälle denken, in welchen die Anwendung des Gönnerischen Principes sehr harte Folgen hätte. Von *vielen* Beispielen zur Schonung des Raumes nur *eins*. Ich habe eine Forderung an X. und fürchte, wenn ich ihn jetzt belange, so werde er in Concurs gerathen; ich weiß, daß er einen reichen Verwandten beerben wird und warte. Aber siehe da, X. provocirt, — ich *muß* klagen; er fällt in Concurs, greift zum beneficium cessionis bonorum, und ich erhalte nur ⅛ meiner Forderung. Kurz darauf beerbt er den Verwandten — ich klage auf den Rest — und *nun*

**) L. 3. 4. 5. et 8. Dig. de legibus.

8) l. c. §. 3. S. 65. in fine.

steht ihm das beneficium competentiae als Folge der Provocation und der dadurch bewirkten Vergantung zu! Dazu nehme man a) die Unbequemlichkeit und Unsicherheit der öffentlichen Ladungen, b) die hohe Schwierigkeit des Beweises, wenn man auch Restitution geben will, und c) die Bemerkung, daß aus übertriebenem favor reorum ***) sich leicht defectus actorum erzeugen könne. Gründe genug die Provocationen nicht zu vermehren.

Man wende nicht ein, „der Provocat könne ja im Gericht erscheinen, und darthun, warum er noch nicht klagen wolle". An und für sich hat es etwas, ich möchte fast sagen, empörendes, jemanden zu zwingen, einen Rechtsstreit darüber einzugehen, und einen Beweis zu übernehmen, warum er keinen Rechtsstreit eingehen wolle. Es liegen ferner die Gründe und Fäden, die den Kläger zur Rückhaltung veranlassen können, so tief und verborgen, sind oft so subjectiv und dennoch richtig, daß ein Beweis derselben schlechthin unthunlich wird. Legislatorisch betrachtet wäre die Sache nur eine Quelle unzähliger Processe; aus einem würde sich der andere entwickeln, und jeder mit einem tüchtigen Präcludio begabt seyn, wobei grade Ränkesucht auf der einen, Aengstlichkeit aber auf der andern Seite, offenes Feld gewönne. — Wenden wir uns nun aus dem Gebiete ungebundener Phantasie und subjectiver Reflexionen aus der Natur der Sache und gegen diese zu den Satzungen des positiven Rechts!

§. 5.

In der actio de statu libertatis agnoscendo, in der actio negatoria, und in den Edictalladungen, findet Gönner eine Bestätigung seiner Theorie.

Was sollen aber die beiden erstern eigentlich hier beweisen? Gegen jeden, der meine Freiheit, Ingenuität, Kindschaft

***) Man siehet ja den Provocanten als Beklagten an. J. C. Koch, in Diss. de foro comp. prov. ex lege diffamari. §. 5. Schweitzer, a. a. O. S. 5.

Digitized by Google

u. s. w., mir streitig macht, trete ich mit den geeigneten Klagen auf; — wer sich eine Servitut gegen mich anmaßt, den treibe ich actione negatoria zurück ꝛc. Und was folgt nun hieraus für die Provocationen? oder sind jene Klagen Provocationen? Dann ist dies auch jede rei vindicatio. Hier wie dort findet man bestimmte Gegner, bestimmte Ansprüche, denen bestimmte Behauptungen entgegen gesetzt sind — man findet Kläger und Beklagte — nach deren vollem Begriff.

Nicht für sondern gegen Gönner beweisen ferner die Edictalcitationen. Man gehe die Hauptarten derselben durch

1) Edictalladungen im Concurs. Dieser erscheint in seinen Haupttheilen als ein sehr irregulaires Verfahren — mit Anomalien beginnt und endigt er. Jahrhunderte gaben ihm eine Richtung, welche nicht verstattet, aus ihm ein principium cognoscendi für andere Rechtstheile zu entlehnen, oder von ihm auf andre zu schließen. Dabei hälfe die Analogie nichts; denn nur folgendes ließe sich herausbringen: der Provocant kann Edictalcitationen ergehen lassen, wenn aber die Gläubiger nicht erscheinen, so ist's auch gut, ausschließen kann man sie darum nicht. Das hieße: die Provocation ist so viel wie nichts. Im Concurs nämlich zieht die, der Edictalladung folgende oder eventualiter einverleibte, Präclusion nicht totalen Verlust des Rechts, welchen Gönner den Provocationen beilegen will, nach sich, sondern blos Ausschluß von diesem Concurs, — von dem Participiren an der dermaligen Activ-Masse. Gönner, sich consequent, läugnet die Rechtmäßigkeit dieses Satzes [9]), und bürdet ihm der Praxis auf, da er doch recht deutlich in einem sehr klaren Gesetz enthalten ist [10]).

---

9) Handbuch B. IV. Abh. 82. §. 31. S. 585.

10) L. 10. pr. C. de bon. auct. jud. (7. 72.) — Post completum autem memoratum tempus (die Römischen 2 oder 4 Jahre nach Maßgabe der Gegenwart oder Abwesenheit, an deren Stelle unsre Präclusion sogleich tritt) nullam eis esse licentiam, eos, qui possessionem adepti sunt, molestare,

Digitized by Google

Wenn im Concurs nach Befriedigung der Gläubiger, die sich gemeldet haben, ein Ueberschuß bleibt, so können ihn die, welche sich versäumt haben, in Anspruch nehmen. Will man den einen Satz, die Präclusion, auf die Provocation anwenden, so muß man auch desgleichen mit den andern Sätzen verfahren. Es müßte also der Provocat sein Recht an allem Vorhandenen behalten, d. h. sein Klagerecht bliebe ungeschmälert.

2) Edictalladungen zum Behuf der Verschollenheits-Erklärungen. Hier sey es mir erlaubt zu fragen: Gesetzt jemand, von dessen Geburt an 100 Jahre verflossen sind, der vorgeladen nicht erschienen, für verschollen erklärt, und dessen Vermögen, selbst ohne Caution, seinen Verwandten ausgeantwortet ist, käme dennoch wieder — wird er nicht schlechthin sein Vermögen wieder fordern können? oder wollte man etwa zu ihm sagen: zufolge des 90ten Psalms [11]) bist du — Lebendiger — tod?! Dies wäre doch etwas zu sehr abstract. Die Verschollenheits-Erklärung beruht auf einer Fiction, oder vielmehr hoben Wahrscheinlichkeit. Mit Ablauf des Termins vermuthet man Erlöschen des Lebens. Vermuthung weicht der Gewißheit. Die zuverlässige Nachricht des Todes giebt seinem Leben ein unwiderrufliches Recht an etwa besessenen Sachen des Verstorbenen — sein Erscheinen aber setzt ihn

---

vel aliquibus damnis afficere, actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores. Hierin liegt blos in Betreff derjenigen, denen dingliche Rechte zustanden, und die sich versäumt haben, etwas anomalisches (also nicht auszudehnendes). Bei allen andern ist die Sache sehr natürlich und würde auch ohne Concurs und ohne Präclusion nicht anders seyn. Wer an A 100 zu fordern hat, kann, wenn A seine letzten 100 an B giebt, diesen nicht in Anspruch nehmen. Wer mit seinen persönlichen Forderungen im Concurs sich versäumt, muß die befriedigten Gläubiger in Ruhe lassen. — Aber daraus folgt wieder nichts für die fragliche Theorie.

11) Unser Leben währt 70 Jahre u. s. w.

Digitized by Google

ipso jure, nicht ope restitutionis, in alle seine Rechte wieder ein. Nun ziehe man das Resultat, was hieraus für die Gönnerische Meinung folgt. Von gleichem Gehalt sind

3) die Edictalcitationen bei Erbschaften. Will der Richter nicht rechtswidrig und null verfahren, so besteht das von ihm anzudrohende Präjudiz blos darin: „daß die Erbschaft den Folgeberechtigten ausgeantwortet werde, an welche sich die Gläubiger pro rata zu halten". Säumen sie, so erhalten sie statt einen mehrere Schuldner. Dies ist aber nicht Folge der Citation und des Versäumens, sondern fließt aus den Vorschriften des gemeinen Rechts: „daß die Klagen, active und passive, auf und gegen die Erben pro rata übergehen". Mehr Schein einer Provocation hat

4) die Vorladung unbekannter Inhaber einer verlohrnen Staats-Obligation, einer Urkunde, eines Wechsels u. s. w. Aber auch hier ist nur Schein. Denn dringt man tiefer in die Sache, so ergiebt sich, daß hier entweder gar keine processualische Handlung, oder eine selbstständige Klage vorliegt. Zwei Fälle nämlich supponirt der, welcher in einer solchen Lage den Richter angeht, und weil er nicht weiß, welcher von beiden Fällen vorhanden ist, so verbindet er sie eventualiter. Nämlich

a), die Urkunde u. s. w. wird von Niemanden gefunden; dann ist das Ganze voluntariae jurisdictionis; denn ein substantiale des Processes fehlt — der Beklagte —; und da dieser nach dieser Voraussetzung sub a), unmöglich ist, so ist auch keine Provocation denkbar. Oder

b) die Urkunde wird von Jemanden gefunden — von wem? ist unbekannt; dann ist die Forderung eine reine rei vindicatio gegen den unbekanten Inhaber gerichtet. Diesem, eben weil man ihn nicht kennt, wird durch die Edictalcitation die Klage ad excipiendum mitgetheilt, nach verlaufener Frist aber pro petito gesprochen, sey es, daß man ob contumaciam eine bejahende Einlassung annimmt, oder eine verneinende, insofern der Kläger sogleich den Beweis des Eigenthums

Digitized by Google

der verlornen Sache geliefert hat. Dem Kläger spricht man das Eigenthum zu. — Diese Art Urkunden sind blos Mittel, etwas Andres zu erhalten, welches Andre ihm wird, und eben dadurch verliert jene ihren Werth. Wer das Geld wieder bekommt, entschlägt sich leicht des Papiers, in welches jenes gewickelt war; wer die Valuta eines Wechsels empfängt, entbehrt gern diesen selbst, und machte er ihn ausfindig, so kann er ihn zum Ueberfluß durch die actio rei judicatae erhalten, wenn er will.

§. 6.

Die Verjährung betrachtet Gönner [12]) nur von einer Seite, nämlich insofern durch sie nach 30 Jahren der Besitzer (Provocant) Sicherheit erhielte. Diesen Termin aber findet er zu lang, und überhaupt nur unter Voraussetzung der Unthätigkeit beider Parteien vom Gesetz bestimmt. Was die Länge betrifft, so mag diese von den Kaisern Honorius und Theodos verantwortet werden. Die behauptete gesetzliche Voraussetzung aber ist eine petitio principii und falsch. Denn man darf bei einer Supposition, die, wäre sie wahr, einen ganz neuen Mechanismus in die Lehre von der Verjährung der Klagen bringen würde, einen bündigern Beweis verlangen, als aus der bloßen Behauptung hervorgeht. Ein solcher Beweis ist aber von Gönner nicht gegeben, vielmehr tritt die Unmöglichkeit eines solchen Beweises hervor, wenn man die Verjährung auch von der andern Seite ansieht, nämlich insofern durch sie der Kläger ein jus quaesitum auf die 30 Jahre erhalten hat, die ihm keine Willkühr (Thätigkeit) rauben kann. Grade diese Thätigkeit ist gesetzwidrig. Es ist ein sehr bekanntes Princip: daß der Richter die Termine der gesetzlichen Verjährung schlechterdings nicht verengen darf [13]). Gestatten nun die Gesetze [14]) 30 Jahre,

12) l. c. §. 6. S. 70.

13) Thibaut System des Pandektenrechts §. 1016. Kori Theorie der Verjährung u. s. w. §. 47.

14) L. 3. C. de praescr. 30. l. 40. ann. (7. 39.).

Digitized by Google

mit welcher Befugniß soll der Richter diese etwa in 30 Tage verwandeln? Nur wenn beide Theile einwilligen, läßt das römische Recht eine Verkürzung zu [15]), und absolut unthunlich ist das einseitige gewinnsüchtige Vorschreiten des Besitzers. Dies Letztere ist von besonderm praktischen Werth; denn fast jeden Tag finden wir in den öffentlichen Blättern Annoncen, wodurch Leute, die einen Ort oder ein Land verlassen, oder Gesellschafter, die ihre Societät aufheben wollen, bekannt machen: „man solle sich mit seinen Forderungen binnen einer bestimmten Zeit melden, widrigenfalls sie für nichts hafteten". Es sind dieses gehalt- und folgelose Schritte, indem bis zum Ablauf der gesetzlichen Frist jene Publicanten vor wie nach verbunden bleiben *).

§. 7.

Wir haben über dieses auch klare Gesetze, im römischen und teutschen Recht, welche jene Ausdehnung schlechthin verbieten. Dahin gehört

I. was das römische Recht betrifft

1) die bekannte L. un. C. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. (3. 7.) Die scheint Gönner im Auge gehabt zu haben, (denn ausdrückliche Erwähnung thut er ihrer nicht,) wenn er sagt: „absoluter Zwang finde freilich nicht statt, wohl aber relativer". Da aber Gönner unter diesem relativen Zwang totalen Verlust versteht, so entbielte der absolute Zwang noch irgend andre, außerhalb des Rechts

15) L. 31. §. 22. aedit. edict. (21. 1.) L. 2. C. de paet. int. emt. (4. 54.) Thibaut und Koriol. c.

*) Wirklich aber hat man, sonderbar genug, hie und da dem Richter die Befugniß zugesprochen, auf Verlangen eines jeden, der sich von dem Orte seines bisherigen Aufenthaltes entfernen will, die Gläubiger desselben, Bekannte und Unbekannte, bei Strafe der Präclusion aufzufordern, ihre Ansprüche in einem kurzen Termin geltend zu machen, — man hat sogar dafür L. 6. C. de rem. pign. (8. 29.) citirt. Allein man sehe schon Berger Electa process. provocatorii §. 3.

Digitized by Google

liegende, physische oder intellectuelle Uebel. Demnach hätte der Kaiser Dioeletian, der Verfasser der L. un., soviel gesagt: „Niemand soll durch Geldstrafe, Gefängniß, Tod u. s. w., zum Einklagen einer Forderung gezwungen werden“. Wer fühlt aber nicht, daß ein Gesetz, welches so etwas sanctioniren wollte, nur schwer von dem Vorwurf, eine Ungereimtheit gesagt zu haben, frei zu sprechen seyn würde? Daß man nicht mit körperlicher Züchtigung gegen den verfahren dürfe, welcher einem seiner freien Befugniß unterworfenen Rechte ganz oder theilweise [16]) entsagen will, ist ein Satz, der sich dermaßen von selbst versteht, daß ein Gesetzbuch Folianten einnehmen würde, wollte ihm ein Gesetzgeber ähnliche Axiomen einverleiben. Es spricht aber auch die lex lata jenen Satz wirklich überall und mannichfaltig aus, durch Erlaubniß der Schenkung, des Verzichts, des pacti de non petendo u. dgl., überhaupt durch Sanction einer freien Disposition des freien Bürgers über sein freies Privateigenthum **), bis dahin, wo er, dem Furioso gleich, das Haus durch die Fenster werfen will ***). Und was berechtigt uns denn nun zu jener Distinction zwischen absolutem und relativem Zwang, zu dieser Restriction des Wortes cogere? Ein Gesetz, welches allgemein spricht, und etwas Exorbitantes nicht vorschreibt, (daß dies nicht der Fall sey, wurde oben gezeigt,) muß auch eben so allgemein genommen werden, und es läßt sich doch nicht verkennen, daß ein Befehl, zu klagen, und zwar bei Verlust der Klage, einen Zwang involvirt, der fühlbar genug ist, und mit einem Grundprincip der bestehenden Gesetzgebung, mit deren Geist, geradezu in einem schneidenden Widerspruch stehet.

---

16) Unter theilweiser Entsagung verstehe ich das spätere Anbringen einer Klage, welche man befugt gewesen wäre, früher anzubringen.

**) L. 21. Cod. mandati 4. 35.

***) L. 1. pr. Dig. de curatoribus furioso et aliis extra minores dando.

Es begnügt sich aber die vorhandene Gesetzgebung mit jenem allgemeinen Verbot: „ut nemo invitus agere cogatur", keineswegs, sondern auch im Speciellen spricht sie das nämliche Princip anwendend aus. Man sehe hin

2) auf die Const. 20. Cod. de pignoribus. (8. 14.) — auf deren Worte:

> Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Qua propter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, et si non velint accipere, consignato atque deposito, de reddendo pignore hos Praesidiali notione convenite.

Wird man auch hier auf einen absoluten physischen Zwang zurückkommen wollen? Ein Blick in ein Wörterbuch kann genügen, um einzusehen, daß urgere grade nur soviel sagen will und kann, als: drücken, drängen, treiben, anstrengen, pressen; und alle diese Prädicate kann man billig der einen Rechtsverlust, eine wahre Privatstrafe, drohenden Aufforderung zur Klage beilegen.

Ein noch schärferes Argument bietet uns dar

3) L. 4. C. de usur. pup. (5. 56.). Sie enthält folgendes:

> Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, si quid ei debetis, cursus inhibeatur usurarum, denunciationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate, ac si rem dissimulatione proferat, actis apud praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate, quofacto tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consuletis.

Hiermit verbinde man

4) L. 1. §. 3. D. de usuris (22. 1.), wo Papinianus spricht:

> Plane si tutelae judicio nolentem experire ultro con-

Digitized by Google

venerit [17]) et pecuniam obtulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

Ein Vormund wünscht also, vom Pupillen belangt zu werden, um das Capital zu zahlen. Dieß, sagt der Kaiser, geht nicht an; niemand kann zur Klage genöthigt werden; wollt ihr aber den Zinsenlauf hemmen, so erklärt, nach häufigem Ermahnen und Auffordern, euren Willen zu den Akten, deponirt und obsignirt das Geld! Nach Gönners Theorie hätten Dioeletian und Papinian zum Pupillen sagen müssen: „aut age, aut sile!“

Ein anderes Gesetz [18]) verordnet dasselbe, und führt ausdrücklich als Grund der Regel, daß blos durch Obletion, Deposition u. s. w., der Zinsenlauf aufhören soll, das an, daß es nicht in der Macht des Tutors stehe, sich belangen zu lassen.

§. 8.

Man werfe hier überhaupt einen nähern Blick auf die römischen Grundsätze über das Verfahren im Fall einer mora accipiendi des Gläubigers, um sich zu überzeugen, wie rechtswidrig Gönners belobte Ausdehnung ist.

Wird etwa der seinem Gläubiger die Leistung anbietende Schuldner frei, sobald dieser sie nicht annehmen will?

---

17) ultro aleqeum convenire heißt bekanntlich, gegen Jemand mit der contraria voranschreiten, ehe dieser die directa angestellt hat. L. 10. pr. D. de neg. gest. (3. 5.). L. 17. §. 1. D. commodati (13. 6.). L. 1. §. 6. D. uti possid. (43. 17.). L. 2. pr. D. de lege Rhodia de jactu (16. 2.)

18) L. 28. §. 1. D. de admin. et per tut. (26. 7.). (Marcellus) Tutor qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras praestare non debet, ex quo obtulit pecuniam. Quin etiam justius mihi videtur, eum, per quem non stetit, quo minus conventus restituereet tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. Ulpianus notat: Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.

Digitized by Google

Kann er seine Schuld als eine gute Prise erklären? Um den Gläubiger in moram zu versetzen, d. h. um die Gefahr auf ihn überzutragen u. s. f., genügt nach einer richtigen Theorie freilich das Anbieten; aber, um frei von der Verbindlichkeit selbst zu werden, ist in der Regel eine Versiegelung und gerichtliche Niederlegung nöthig [19]).

Nun halte man eine mora accipiendi mit einer nicht befolgten Provocation zusammen!

Dort liegt vor ein vollgültiges vollständiges Anerbieten zur Leistung; hier erscheint eine Aufforderung zur Klage, d. h. implicite ein Ableugnen. Dort ist die Folge, daß der Schuldner, um befreit zu werden, die Summe deponiren muß, hier soll er nach verlaufenem Termin ohne Weiteres die Schuld einstecken können.

Dies wäre doch ein Mißverhältniß, welches sich ein Gesetzgeber nicht gerne nachsagen ließe.

§. 9.

Wer aber in jener größten Theils aus dem bürgerlichen Leben und aus den Gefühlen des Volks gehobenen Gesetzgebung eine solche, sich selbst zerstöhrende, Inconsequenz erfinden wollte, der richte noch zuletzt seine Aufmerksamkeit

5) auf die L. 5. §. 6. Dig. de doli mali exceptione. 44. 4. Hier spricht Paulus:

Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur [20]).

19) L L. 4. 1. §. 31. 28. §. 1. citt. Thibaut §. 171. 103. L L. ilique citt.

20) cf. L. 42. D. de R. J. (50. 17.) verb. cum sit in potestate ejus (qui agit) quando velit experire. L. 156. eodem. L. 6. pr. C. de temp. in integ. rest. cet. (2. 53.) sämtlich für meine Behauptung.

Digitized by Google

Deutlicher kann man wohl nicht reden. Eine Einrede soll deshalb ewig seyn, weil es ganz vom Kläger abhänge, wann er klagen wolle, nicht aber der Willkühr des Beklagten anheim gestellt sey, sich belangen zu lassen, wann es ihm einfällt und gefällt. Römische Consequenz, und römische Begriffe über das honestum, konnten auch nie zu einem andern Resultat kommen. Gleichwie Niemand gezwungen werden soll, sein Vermögen zu verschenken, eben so ist es auch unanständig, den freien Mann zu nöthigen, das zu erlangen, auf dessen Erlangung er nur ein Recht hat.

Die Ausdehnung der Provocationen stößt also gegen zwei römisch-rechtliche, und eben so gewiß auch teutsch-rechtliche Grundprincipien an. Einmal, daß man Niemanden gegen seinen Willen eine Wohlthat erzeigen soll; — dies thut man, indem man zum Klagen, d. h. zum Streben nach Erlangung nöthigt; — sodann, daß man Niemanden ohne Grund ein Uebel zufügen soll; — dies geschiehet, indem man auf das Schweigen den Verlust der Klage verhängt [21]).

§. 10.

Betrachten wir nun

II.) Die teutschen Gesetze. Es enthält

---

21) L. 69. 156. pr. et §. 4. D. de R. J. (50. 17.) Doch muß man in letzter Stelle tribuitur und nicht „eripitur" lesen, wie einige thun, wofür keine einzige Handschrift, und cap. 17. de R. J. in 6to. eine schlechte Stütze ist, obgleich, wenn man auch eripitur liest, dieses den zweiten Satz im Text beweist. L. ult. D. de usu et habit. (7. 8.). L. 19. §. 2. D. de donationib. (39. 5.). L. 5. et 24. D. de adoptionib. (1. 7.). Nov. 89. Cap. 11. pr. u. s. w. Es war mir nicht sowohl darum zu thun, zu zeigen, daß die beiden Provocationen nicht im römischen Recht enthalten, sondern daß sie durch dasselbe verboten sind, und daß man daher darum, und weil die teutschen Gesetze, wie sogleich erhellen wird, auf die römischen ausdrücklich hinweisen, zum allerwenigsten nicht neue Provocationen aus ihnen erpressen darf.

Digitized by Google

1) die Reichs-Kammergerichts-Ordnung vom Jahr 1555. Thl. II. Tit. XXV. wörtlich folgende Vorschrift:

„Demnach setzen vnd ordnen wir, daß Lex diffamari an dem Cammergericht verstanden und gebraucht werden sol, in fridbrüchigen, schmach, vnd andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefehrlicher, betrieglicher weiß, oder in andere wege, dem andern theil zu nachtheil vnd beschwerung beschehen; auch nit anders, dann so die ansuchende Parthey, die in der Hauptsach Antwurter, der Keys. Mayt. vnd dem Reich sonst ohne mittel vnderworffen, oder an das Cammergericht vermög der Keys. Mayt. vnd deß Reichs ordnung ohn mittel gehörig; Daß auch Cammerrichter vnd Beysitzer, ehe vnd zuvor sie sollich Proceß erkennen, der Diffamation halben, durch schriftlich oder andere glaublich vrkundt vnd anzeig, informirt vnd bericht sein. Vnd so sollich Proceß erkendt, vnd darauff die Diffamation, wie sich gebürt, in Recht dargethan, soll alsdann dem Diffamanten, so der Diffamirt dem Cammergericht in erster Instanz ohne Mittel vnderworffen, oder sonst die Sachen jhrer Natur nach dahin gehörig, vor demselbigen Cammergericht; wo aber der Diffamirt ohne Mittel dem Reich, aber in erster Instanz dem Cammergericht mit vnderworffen, vor dem Richter, dahin die Sach ordentlich gehört, ein genandte zeit, sein Klag fürzubringen, mit dem anhang, wann er das nit thete, daß jme ein ewig stillschweigen aufgelegt seyn soll, angesezt, vnd sonst, vermög der Keyserl. Mayt. vnd des Reichs gemeinen Rechten vnd Ordnung gehandelt und procedirt werden“ [22]).

Sodann spricht

---

22) Damit stimmt ganz überein das Concept einer neuen Kammergerichts-Ordnung v. J. 1613. Thl. II. Tit. XXVII.

2) der Reichsabschied v. Jahr 1654. §. 83. bestätigend sich dahin aus:

„Präsident u. s. w. sollen auch fleißige Aufsicht haben, damit das remedium legis diffamari nicht mißbraucht, sondern hierin die Disposition sowohl der gemeinen Rechte, als der Reichssatzungen, in gute Obacht genommen, und keine citatio ex lege diffamari anderer Gestalt, es wären denn die Diffamanten in specie nahmhaft gemacht, die angegebene Diffamation auch noch vor der Ladung durch schriftliche oder andre glaubliche Urkund und anzeigentlichermaßen beigebracht und erwiesen, erkennet; nach Erkennen der Processe aber soll vor allen die Diffamation erwiesen u. s. w.“.

Auch hatte schon früher als beide Gesetze

3) die Cammer-Gerichts-Reform von 1531. §. 35. verordnet:

„daß diese Provocation nur in dem durch die gemeinen Rechte bestimmten Fall, und zwar nur cum aliqua causae cognitione u. s. w., statt finden soll“.

Sieht man diese Gesetze, von welchen eins das andere bestätiget und ergänzt, mit unpartheiischem Auge an, so ist deren Tendenz, „ein ausdrückliches Verbot der Ausdehnung der Provocationen“, unverkennbar. Diese Gesetze eifern gegen den praktischen Mißbrauch der lex diffamari, verbieten diesen, und wollen insonderheit, nicht jeder Lumperei wegen soll man dem angeblich diffamirten Provocanten gerichtliches Gehör geben und auf Ladung des Provocaten erkennen. Zum aller wenigsten erfordert die K. G. O., „daß die Diffamation dem Provocanten Nachtheil oder Beschwerung zufüge“. Ein Mißbrauch ließe sich aber gar nicht denken, wenn man stets und in jeder Sache, Bekannte und Unbekannte, zu provociren befugt wäre. Ein Gesetz mißbrauchen, heißt: gegen den Willen des Legislators es auf Fälle anwenden, die nicht unter ihm begriffen seyn sollen. Indem dieses verboten wird, ist auch alle Extension abgeschnit-

Digitized by Google

ten. Die Reichsgesetze sehen die Sache mit keinem günstigen Auge an, am wenigsten hielten sie den sogenannten Provocations-Proceß für so heilsam, und dem Unterthan so wohlthätig, wie Gönner. Die ganze L. 5. C. de ingenuis manumissis zu cassiren, fand man bei der überausgroßen Achtung für das römische Recht, welches damals die gemein gewordene Meinung nun einmal für den Schutzpatron dieser Provocation ansahe, nicht gerathen; man verfuhr daher gegen sie nur mit einem nicht zu verkennenden Geist der Restriction [23]). Es soll insonderheit Diffamant nahmhaft gemacht werden [24]); welcher Provocant sich daher auf ein „dumpf herumschleichendes Gerücht" beruft [25]) ist nach dem angeführten §. 23. schlechthin abzuweisen, so wie ein jeder, der über die in den beiden römischen Gesetzen angeblich enthaltenen Fälle hinausschreiten will. Sollte man etwa einwenden wollen: „die Reichsgesetze sprächen ja nur von der provocatio ex lege diffamari, restringirten also nur diese, so mag man auch bemerken, daß die Reichsgesetze von der provocatio ex lege si contendat weder restringirend, noch sanctionirend sprechen, vielmehr über dieses Provocations-Mittel gänzlich schweigen und auch nicht ein Spur desselben uns darbieten. Ist nun, wie bisher erwiesen wurde, das ganze Institut schnurstraks gegen römisches Recht und allgemeine Rechtsprincipien, so kann es nur durch ein neueres (teutsches) Recht gerettet werden. Wenn aber letzteres nur von einer Provocation spricht, so kann man leicht in Versuchung gerathen, nicht nur die Extension der

23) Obgleich Oldendorp die provocatio ex lege diffamari als so heilsam ansieht, daß er sie unter die Zehn Gebote aufgenommen zu wissen wünscht.

24) S. a. Landfr. v. J. 1548. Tit. XIV. verb. so soll der u. s. w., Macht haben, den, so ihn dermaßen u. s. w., deßhalben fürzunehmen.

25) Dies ist grade eins der Beispiele, welche Gönner l. c. anführt, und wo er die Provocation zuläßt.

Digitized by Google

andern, sondern sie ganz zu läugnen, und will man dieses, wegen einer mit etwa dreihundertjährigem Moose bewachsenen Praxis, nicht thun, so mag diese auch so billig seyn, den von ihr erzeugten, dem legitimen Recht untergeschobenen, Bastard so weit in der Zucht zu halten, daß er wenigstens nicht Herr im Hause wird, und die legitimen Kinder des Gesetzes aus ihrem Gebiet verdrängt. Auch ist nicht zu bezweifeln, daß eine doctrinelle Praxis — Entscheidungen einzelner rechtsunkundiger oder rechtsirriger Richter gehören nicht zu ihr — wenigstens keine Ausdehnung der Provocationen zuläßt; und es ist zu hoffen, neue Gesetzgebungen werden Gönners Vorliebe zu dem Findelkind nicht theilen *).

XXII.

Das Testament einer taubgebornen und sprachlosen Person.

Von Gensler.

§. 1.

Vorbemerkungen.

Es ist hier nicht die Absicht, die Gesetzvorschriften wegen der letztwilligen Verordnungen gehör- oder sprachloser, oder taub und stumm geborner, oder gewordener, Personen rechtswissenschaftlich genau zu erörtern; ja es soll nicht einmal ein Urtheil über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des §. 2. darzulegenden Testamentes ausgesprochen werden; sondern der Hauptzweck dessen öffentlicher Bekanntmachung ist, den Gesetzgebungen bemerklich zu machen, wie nöthig es seyn mögte, die Verhältnisse der

*) Die Abh. II. u. s. w. nächstens.

Taubstummen unserer Zeit bald in das Auge zu fassen, um Rechtsstreitigkeiten zu verhüten, für welche die teutschen Reichsgesetze (§. 4.), so wie das aufgenommene Hülfsrecht (§. 3.), nicht mehr ausreichen dürften.

Die Cultur der Zeit hat auch Mittel gefunden, selbst den stocktaub geborenen und deshalb sprachlos bleibenden Personen klare Begriffe von den äußern Erscheinungen in dem bürgerlichen Leben, ja selbst Kunstbegriffe, Rechtsbegriffe, insonderheit des Eigenthums und der freien Disposition hierüber u. s. w., beizubringen, und es ist keine Seltenheit mehr, wenn ein solcher unglücklicher Mitbürger sogar bis dahin ausgebildet wird, daß er seine innern Ideen, seine Willensmeinung, schriftlich zu äußern vermag [1]). Wenigstens diese Verhältnisse hatte die römische und alte teutsche Gesetzgebung nicht im Auge — sie dachte sich jenes factische Verhältniß unter den Gesetzuntergebenen gar nicht, und insoweit darf man sagen: die Gesetze haben hier eine Lücke — über einen ihnen fremden, unbekannten, Gegenstand wollte und konnte die Gesetzgebung nichts verordnen. Soviel ist hingegen wohl vorauszusetzen, daß auch zur Zeit jener Legislation einzelne Taubstumme es gab, welche die Ausbildung ihrer Vernunft und ihre Kenntniß der äußern Verhältniße durch eine ihren Bekannten leicht verständliche Zeichensprache zu Tage förderten, und dadurch insonderheit ihren Willen so deutlich, als durch articulirte Töne, aussprachen; allein ein Hauptprincip der Gesetzgebung ist, das Ergreifen und ein festes Durchführen der Regel [2]), und es war

---

1) Die Zeitgeschichte giebt uns Beispiele solcher von Geburt an stocktauben sprachlosen Personen, welche als Reisende ihre Bemerkungen niederschreiben u. dgl.; ja es zeigt sich Hoffnung, ihr Sprachorgan zu articulirten Tönen zu gewöhnen.

2) L. 3. 4. 5. 6. 8. Dig. de legibus rel. 1. 3. Wäre der Unmündige auch noch so klug, wäre er utriusque juris Doctor, so ist sein sine venia Principis errichteres Testament dennoch nichtig.

Digitized by Google

hinlänglich, auf diejenige Regierungsgewalt hinzudeuten, welche in einzelnen Fällen durch ein Privilegium gegen jene Regel nachzuhelfen vermag [3]).

In einer Herzogl. Sächs. Stadt lebte, weit über die Jahre der Mündigkeit und Volljährigkeit hinaus, die taubstumm geborne und gebliebene Tochter eines verstorbenen Obergeistlichen. Die Unglückliche, welche mit X***. bezeichnet werden soll, genoß von ihren gebildeten Aeltern einer guten Erziehung, und äußerte überall ausgezeichnete Vernunftkräfte. Sie hatte auch für Religion ein sich aussprechendes klares richtiges Gefühl, es ließe sich nicht verkennen, daß die Idee eines höchsten alles umfassenden und belebenden Wesens sinnig ihr eigen, und daß ihr auch der Zweck der kirchlich-gottesdienstlichen Handlungen begreiflich war. So vertrate sie mehrmals Taufpathen-Stelle mit den Beweisen, daß sie den Zweck der Handlung erfasse. Ohne künstlichen Unterricht, wie solcher jetziger Zeit in den Instituten für Taubstumme üblich ist, lernte sie ihren Namen, einzelne Worte, und Zahlen schreiben, so daß sie sich eine Art Hausbuch halten konnte über Einnahme und Ausgabe. Sie verwaltete auch ihr Vermögen selbst; denn der in dem Eingange des Testaments genannte Curator war nur ein Sächs. Geschlechts-Vormund, oder, wie andere Landesgesetze ihn nennen, ein Beistand. Früherhin, wahrscheinlich während ihrer Minderjährigkeit und nachher, war der im Testament als Mituniversalerbe angedeutete A*. S*. B*. ihr Alters- u. resp. rathgebender Geschlechts-Vormund — ein in Achtung stehender redlicher Officiale, welchen die Taubstumme nebst seiner Familie dankbar lieb gewonnen hatte, und den sie wie das lallende Kind Papa nannte.

Von dieser taubstummen Person gienge das im §. 2. nachfolgende Testament aus, und dessen Errichtung wurde von einem Richter geleitet, welchen die juristische Litteratur als einen sehr achtbaren Rechtsgelehrten kennt; sein würdiger, gleichfalls

3) L. 1. et 9. Cod. de legibus. 1. 14.

mit ausgezeichneten Rechtskenntnissen bewaffneter, den gelehrten Juristen beizuzählender, Sohn aber bekleidete damals das Amt eines solchen Gerichtsactuars, wie diesen das Gesetz fordert, d. h. fähig, selbst richtig aufzufassen, was vor ihm sich als Rechtsgeschäft ereignet, und dieses als Rechtsverständiger so bündig als treu zu beurkunden.

Voran zu bemerken ist endlich noch hier, daß die Herzogl. Sächs. Regierung, an welche jener Richter nach Aufnahme des Testaments Bericht erstattete, und von welcher eine das Geschehene genehmigende Instruction zur Nachvereidung der Zeichenerklärer erfolgte, die Haupteigenschaft eines Obergerichts hat, (eines Appellations- oder Hofgerichts, Oberhofes, einer Justizcanzlei) jedoch, wenigstens früherhin, auch als obere Administrations-Behörde (abgesehen vom Finanzwesen) thätig war [4]), und daher auch Verordnungen [5]) im Namen des Regenten [6]) erließe, welche die Sprache der Gesetze oder landesherrlicher Verfügungen führen, wenn gleich nur mit Unterschrift des Collectiv-Namens: „Herzogl. Regierung“, und mit Unterzeichnung des Präsidenten, oder Canzlars.

§. 2.

Testaments-Urkunde [7]).

Ich, der dermalige Herzogl. Stadtrichter, AAA***., urkunde hiermit und füge zu wissen:

---

4) Selbst über die Gränze administrativ-contentiöser Rechtssachen.

5) Regierungsbefehle, Regierungsrescripte u. dgl. Die Errichtung einer besondern Landesdirection brachte bedeutende, man weiß nicht ob vortheilhafte, Veränderungen hervor. Die Scheidewand zwischen jener Justiz-Regierung und dieser administrirenden Direction scheint auch als schwierig befunden zu werden.

6) d. h. mit dem Eingang: V. G. G. Wir u. s. w. (Name des Landesherrn).

7) Da zu dem vorliegenden Zweck auf Namen nichts ankommt, so sollen sämmtliche Personen nur mit gewählten Buchstaben be-

Digitized by Google

Nachdem am 23ten Juni dieses Jahres bei Herzogl. Stadtgericht der Hofadvocat Herr H***. allhier, als Curator der taubstummen Demoiselle X***. hieselbst, angebracht hatte, daß genannte seine Curandin krank darnieder liege, und eine letzte Willenserklärung zu errichten wünsche, weshalb derselbe zugleich um deren Aufnahme in dem Wohnhaus seiner Curandin, unter Adhibirung dreier nahmhaft gemachter Personen, welche deren Sprache durch Zeichen vollkommen verständen, gebeten, diesem Gesuch auch provisorisch gefügt, dann aber über die Aufnahme sothaner Disposition zuvörderst nachstehendes Stadtgerichts-Protocoll aufgenommen worden ist:

„Eodem
S***. am 23ten Juni 1813.
Nachmittags 4 Uhr,

begaben sich
der Herzogliche Stadtricher AAA***.
benebst
dem unterzeichneten Stadtgerichts-Actuar,
ingleichen, auf beschehene Invitation,
der Herr Stadtgerichtsschöppe P***. hieselbst,
der Herr Stadtgerichtsschöppe Q***. allhier,
im Gefolge des Gerichtsdieners O***. in das, in der Schrammgasse linker Hand am Brunnen gelegene, Wohnhaus der Demoiselle X***., und zwar zuvörderst in eine in der 2ten Etage befindliche Stube, woselbst wir die im Schreiben des Herrn Curators, Hofadvocat H***., nahmhaft gemachten Personen, nämlich

---

zeichnet werden. Sollten einzelne Worte nicht richtig copirt seyn, so wird dieses hier nicht als falsum gelten.

Zu wünschen wäre, daß endlich die Gerichte aufhörten, den freien Athem der Lesenden zu hemmen und diesen, kommen sie endlich an bei dem: So ist u. s. w., einen frohen Seufzer zu erpressen. Es ist hohe Zeit, dieses Periodenwesen aus den Gerichten zu verbannen.

Digitized by Google

die Demoiselle J***.
den Herrn K***.
den Peruquier L***.

insgesammt von hier, antrafen, und wo zuerst, nachdem die andern beiden sich entfernt hatten,

die Demoiselle J***.

folgendergestalt auf Befragen sich vernehmen ließe:

Ich heiße J***., bin die nachgebliebene jüngste Tochter weiland des Sup. J***. hieselbst, und stehe in den sechziger Jahren.

Ich kenne die taubstumme Demoiselle X***. von ihren Kinderjahren her, und bin auch mit ihren verstorbenen Eltern lange bekannt gewesen.

Ich weiß, daß Demoiselle X***., wenn schon der Sprache und des Gehörs beraubt, im übrigen eine sehr vernünftige und kluge Person ist, denn sie ist mit den Wahrheiten unserer christlichen Religion eben so, als mit den Verhältnissen des gemeinen Lebens, wohl bekannt, auch in Dingen, die das Mein und Dein betreffen, ganz gut erfahren.

Während meines langjährigen Umgangs mit ihr haben wir uns so genau kennen gelernt, daß wir uns wechselseitig über alle und jede Gegenstände und Vorfälle des gemeinen Lebens durch bestimmte Zeichen verständlich machen können.

Sie hatt mir öfters, und besonders während ihrer letzten Krankheit, ganz unzubezweifelnd zu erkennen gegeben, daß es ihr sehnlicher Wunsch sey, eine Anordnung zu machen, wie es dereinst nach ihrem Ableben mit ihrem Vermögen gehalten werden solle.

Wenn diese Handlung dermalen vollzogen werden soll, so bin ich bereit, dem Herzogl. Stadtgericht die Zeichen, welche Demoiselle X***. hierbei machen wird, getreulich und redlich zu erklären, und kann dieses mit so fester Ueberzeugung thun, daß ich die Richtigkeit meiner ge-

Digitized by Google

gebenen Erklärungen mit gutem Gewissen eidlich bekräftigen kann; bin auch erbötig, hierüber den Eid, sobald es verlangt werden wird, abzuschwören.

Judicium

erinnert dieselbe ausführlich an die hohe Wichtigkeit eines Eidschwurs.

Demoiselle J***.

beharret aber allenthalben bei ihrem Anführen, und genehmigt beim Wiedervorlesen das Aufgezeichnete durchaus, gelobte auch auf ihr Versprechen Handgebend eidlich an.

Sie wurde einstweilen entlassen.

Hierauf

tritt beigerufen

Herr K***.

wieder vor, und giebt praem. praem. zu vernehmen:

Ich heiße K***., bin der Handlung beflissen, 40 Jahr alt, und lebe dermalen hieselbst; obgleich ich aus dem A***. gebürtig bin, so wurde ich doch hier erzogen, und bin meistens hier gewesen.

Die taubstumme Demoiselle X***. kenne ich seit meinen Kinderjahren, und zwar theils daher, daß ich ihr immer gegenüber gewohnt, theils von dem näheren Umgange, den ich mit ihrem vor einigen Jahren verstorbenen Vetter, dem Canditaten A.X***. hieselbst, bei welchem sie wohnte, bis zu seinem Tode gehabt habe; auch bin ich ihr seit ihres Vetters Ableben in ihren kleinen häuslichen Angelegenheiten mitunter an die Hand gegangen.

Sie hat einen hellen und gesunden Verstand, so daß sie sogar nach und nach einzelne Worte, und besonders ihren Namen, schreiben gelernt, auch über ihre Haushaltungs-Ausgaben richtige Rechnung führen kann.

Ich kann mich durch Zeichen mit ihr verständigen und unterhalten; wenn sie dermalen einen letzten Willen errichten will, so bin ich bereit, die Zeichen, welche sie

Digitized by Google

zu dem Ende machen wird, mit Zuverläßigkeit zu erklären, und was sie damit andeuten will, getreulich, so wie ich es jederzeit mit einem feierlichen Eide erhärten kann, dem Judicio zu eröffnen.

Auf ernstliche Erinnerung, sein Gewissen hierunter wohl zu wahren und die Wichtigkeit eines Eidschwurs zu bedenken, beharrte Herr K***. bei obigem, und wird, facta praelect. et ratificat., nachdem er auf seine Aussage einstweilen Handgebend an Eidesstatt angelobet, von dermaliger Handlung entlassen.

Sodann

trate eingerufen vor

der Peruquier Herr L***.

und gab auf ebenmäßigen Vortrag und auf Befragen an:

Mein Name ist L***., ich bin 58 Jahr alt und Peruquier allhier.

Meine Bekanntschaft mit der taubstummen Demoiselle K***. rührt daher, daß ich ihren Vetter, den Candidat A.K***., bei dem sie in der Verpflegung war, bis zu seinem, vor 3 Jahren erfolgten, Tode, täglich, 16 Jahre hindurch, frisirt habe, auch Winterszeit immer die Nachmittage von 3 bis 7 Uhr bei ihm zuzubringen gewohnt war, um ihm, auch wohl seiner taubstummen Jungfer Muhme, die Zeit zu vertreiben.

Dabei habe ich denn durch die Länge der Zeit gelernt, die Zeichen, deren Demoiselle K***. zur Bezeichnung aller und jeder sie umgebenden Gegenstände, und der ihr, vermöge ihrer ganz vernünftigen Urtheilskraft, geläufigen Begriffe aus dem gemeinen Leben, sich bedient, sämmtlich mit Bestimmtheit zu verstehen, auch hinwiederum mich mit ihr verständlich zu machen.

Wenn selbige, was sie oft als ihren innigsten Wunsch zu erkennen gegeben, dermalen eine letztwillige Verfügung errichten wollte, so bin ich im Stande, und auch dazu willig, die Zeichen, so sie zu dem Ende machen wird,

Digitized by Google

dem Judicio redlich und getreulich zu verständlichen, bin auch bereit, was ich hierbei sagen sollte, auf jedesmaliges Erfordern feierlich und aus fester Ueberzeugung zu beschwören.

Judicium

ermahnt auch ihn, der hohen Wichtigkeit eines Eidschwurs hierbei eingedenk zu seyn; und da er, auf geschehene Wiedervorlesung dieses Protocolls, solches ebenfalls durchgehends genehmigte, so ließ man ihn Handgebend an Eidesstatt auf sein Versprechen angeloben.

Hierauf begabe sich

Judicium, mit beiden obenbenannten Gerichtsschöppen, ingleichen nebst den drei eben vernommenen Personen J***., K***. u. L***.

in die eine Treppe hoch befindliche Wohnstube der taubstummen Demoiselle X***., welche Stube mit zwei Fenstern gegen Morgen versehen ist, traf die Demoiselle X***. auf einem Bette rechter Hand von der Stubenthür liegend, zwar von krankem Ansehen, jedoch mit muntern Gesichtszügen und dem äußern Anblick nach bei ganz guten körperlichen Kräften.

Der Herr Stadtrichter veranlaßte die Demoiselle J***., die Demoiselle X***. zu fragen: ob es ihr Wille sey, daß die anwesenden Gerichtspersonen sich hier eingefunden, und was sie von denselben begehre?

Demoiselle J***.

legte die rechte Hand auf ihre Brust, zeigte hierauf damit auf den Herrn Stadtrichter, den Actuar und die beiden Herrn Schöppen, verneigte sich gegen uns alle, und wandte sich mit einer fragenden Miene an Demoiselle X***., indem sie, die J***., uns zu erkennen gab, daß diese Zeichen die angedeuteten verlangten Fragen enthielten.

Demoiselle X***.

nickte freundlich mit dem Kopfe gegen uns, legte ihren Kopf hierauf mit geschlossenen Augen in die Hand, wie einer, der da schläft, und machte sodann in die linke flache Hand mit

den 3 ersten Fingern der rechten Hand ein Zeichen, wie einer der schreibt.

Demoiselle J***.

gab an: ersteres bedeute soviel, daß wir ihr willkommen wären und sie uns erwartet habe; das letztere, daß sie uns zu erkennen geben wolle, was mit dem Übrigen werden solle, wenn sie mit Tode abgegangen sey, damit wir solches gehörig niederschrieben.

Herr K***. und Herr L***.

bestätigten diese Deutung mit dem Bemerken, daß Demoiselle X***. immer den Tod mit dem Bilde eines Schlafenden zu bezeichnen pflege.

Judicium

veranlaßte nun Demoiselle J***., der Demoiselle X***. zu hinterbringen, daß sie nunmehr ihre Willensmeinung zu erkennen geben möge.

Demoiselle J***.

zeigte jetzt mit der Hand herum auf die in der Stube stehenden Meubles und alle sonstigen Effecten, und wandte sich hierauf mit einer fragenden Miene an Demoiselle X***.

Diese letztere

gab hierauf

1) ganz deutlich den Ton Papa! zu vernehmen, küßte den Saum ihres Halstuchs und Rockes, und machte sodann folgende Zeichen:
   a) sie wiese mit beiden Händen rings um sich her in der ganzen Stube herum, hob auch die Hände in die Höhe und zeigte über sich herum, und dann unter sich an den Fußboden —
   b) sie machte eine Bewegung mit beiden Händen, so daß beide Hände, die flachen Hände gegen einander gekehrt, bald eine viertel Elle bald eine halbe Elle aus einander standen.

Nach einer kleinen Pause fuhr sie

2) mit den zusammen gekniffenen Fäusten schnell mehreremals aus einander, wie wenn ein Schuster nähet, zeigte

Digitized by Google

auch auf die Schuhe der neben ihr sitzenden Demoiselle J***.; sodann

a) patschte sie mit der Hand an die Stubenwand,

b) zeigte rings in der Stube herum auf die Effecten und schüttelte mit dem Kopfe,

c) reckte sie die fünf Finger der einen und zugleich zwei Finger der andern Hand in die Höhe, ballete dann beide Fäuste zusammen, reckte hierauf alle 10 Finger, und dann noch einmal 2 Finger in die Höhe, und wiederholte endlich das obige Zeichen, wie wenn Jemand schläft.

Nach einigem Innehalten machte sie

3) ein Zeichen mit beiden zusammengedrückten Fäusten wie eine Wäscherin, reckte

a) den Zeigefinger der rechten Hand in die Höhe, sodann noch einen Finger derselben Hand und durchschnitt diesen mit dem Zeigefinger der andern Hand in der Mitte; sodann

b) zeigte sie mit der Hand auf einen Tisch, einen Spiegel, einen Großvaterstuhl, und hierauf auf einen Stuhl, wobei sie vier Finger aufreckte —

c) nun winkte sie dreimal mit der Hand nach oben und wiederholte das Zeichen eines Schlafenden —

d) zeigte sie mit der Hand nach unten und machte allerlei größere und kleinere Kreise vor sich hin.

Dazwischen rieb sie mehreremal ihre geballten Hände an einander, wie wenn sie wasche; nach einer Weile machte sie

4) eine Figur mit den Händen, wie wenn Jemand Brod knetet, machte

a) die beiden Arme krumm, wie wenn man ein kleines neugebohrnes Kind wieget —

b) reckte sie den Zeigefinger der rechten Hand in die Höhe und durchschnitt ihn mit der linken Hand beim mittelsten Gliede.

Nachdem sie etwas ausgeruht hatte, drückte sie

5) mit beiden geballten Fäuſten auf der Bettdecke hin und wieder, ſo wie wann einer als Buchdrucker arbeitet, hob
   a) beide gekrümmte Arme in die Höhe, als wenn man einen Säugling darauf wiegt, und
   b) reckte abermals den Zeigefinger der rechten Hand in die Höhe, den ſie beim mittelſten Gelenke mit dem Zeigefinger der linken Hand durchſchnitt.

Nach einer kleinen Pauſe drängte ſie

6) die Bruſt mit Anſtrengung heraus, blies beide Backen auf, und zeigte mit den Fingern darauf; wieß auch mit der rechten Hand nach der linken Seite der Stube; ſodann
   a) hielt ſie beide flache Hände in einer Entfernung von etwa ¼ Elle gegen einander, und reckte 2 Finger in die Höhe —
   b) rieb ſie ſich mit beiden Händen im Geſicht herum, als ob ſie jemand waſche und reinige; hob auch die ausgebreiteten Hände oftmals in die Höhe und ließ ſie wieder ſinken; worauf ſie das Bild eines Schlafenden noch einmal wiederholte, ingleichen das Aufblähen der Backen und das Herausdrücken des Buſens.

7) Richtete ſie ihre Aufmerkſamkeit auf zwei im Zimmer hängende Oel-Portraits, wieſe mit der Hand darauf, ſchrieb ſich etwas mit den Fingern der rechten Hand in die linke Hand, ſchüttelte mit dem Kopf, machte hierauf eine Miene, wie wenn Jemanden etwas ſchmerzlich ergreift, legte auch dabei die Hand an ihre Bruſt, vagirte mit beiden Händen um ſich herum, und riß ſie dann ſchnell von einander.

Endlich

8) verbeugte ſie ſich freundlich gegen den Herrn Stadtrichter, wie wenn man von jemand Abſchied nimmt, und erklärte

Demoiſelle J***., Herr K***., und L***.

Digitized by Google

damit wolle sie andeuten, daß sie nun fertig sey.

Judicium mit beiden Gerichtsschöppen

entfernte sich hierauf, verfügte sich hinwiederum in die obgedachte, eine Treppe höher belegene, Stube, und ließ zuvörderst, unter Entfernung aller andern Personen,

die Demoiselle J***.

allein vortreten, und veranlaßte sie, nunmehr die so eben mit angesehenen Zeichen, eingedenk des zu leistenden Eides, zu erklären:

Dieselbe giebt zu vernehmen:

ad 1) Papa bezeichnet den Herrn A*. S*. B*. hieselbst, welcher der Demoiselle X***. Vormund lange Jahre hindurch gewesen ist. Das Küßen des Rocks und des Halstuchs bedeutet dessen Frau Ehegenoßin, und denkt sie sich dabei wahrscheinlich das, daß selbige von Geburt eine Adeliche sey, wie es sich auch wirklich verhält;

ad 1 a) damit hat sie ohne Zweifel andeuten wollen, daß die beiden genannten Personen ihre Universal-Erben seyn sollen; sie sollen alles bekommen, was um sie, die X***., herum steht und lieget;

ad 1 b) bedeutet gewöhnlich Geld bei ihr, und ist daraus ohne Zweifel zu schließen, daß Herr A*. S*. B*. und dessen Ehegattin gemeinschaftlich ihre sämtlichen außenstehenden Capitalien bekommen sollen;

ad 2) dies bedeutet die Ehefrau des ältern Schuhmachermeisters R***., des Vaters, allhier; jene ist eine Verwandte der Demoiselle X***. und wird von dieser immer so bezeichnet;

ad 2 a) bedeutet, daß die Frau des R***. das Haus, worinnne wir uns befinden, haben soll;

ad 2 b) will sagen, daß die R***. von dem Hausrathe gar nichts, vielmehr das leere Haus bekommen soll;

ad 2 c) Sieben Finger deuten immer eine Woche an; diese sämmtlichen Zeichen in der vorliegenden Verbindung

Digitized by Google

aber erkläre ich so: die R***. soll das Haus eher nicht, als 12 Wochen nach dem Tode der Demoiselle X***. beziehen;

ad 3) das ist die Magd der Demoiselle X***., welche ihr wäscht und scheuert; sie heißt S***.

ad 3 a) hiemit bezeichnet sie die Geldsummen; ganze Finger heißen volle Hundert Reichsthaler, halb durchgeschnitten ein halbes Hundert oder fünfzig; also hat sie der Magd 150 Rthlr. baares Geld vermachen wollen;

ad 3 b) die Magd soll auch einen Tisch, einen Spiegel, einen Großvaterstuhl, und 4 Stühle haben;

ad 3 c) dreimaliges Winken gen Oben bedeutet die dritte Etage; da soll nämlich die Magd in einer Stube wohnen, und zwar bis sie stirbt;

ad 3 d) soll heißen, daß sie sämmtliches Küchengeräthe haben soll;

ad 4) das stellt die Bäckersfrau T***. hieselbst vor;

ad 4 a) selbige ist die Pathe der Demoiselle X***.;

ad 4 b) und soll ein Vermächtniß von 50 Rthlr. haben;

ad 5) bedeutet die Familie des Buchdruckers U***. hieselbst, den bezeichnet sie immer so;

ad 5 a) auch von ihm sey ein Kind ihr Taufpathchen —

ad 5 b) und dieses soll 50 Rthlr. haben.

ad 6) das bedeutet die jüngste Tochter des Herrn von V***., die D. v. V***. heißt, von ansehnlicher Gestalt und blühender Gesichtsfarbe ist, und in dem neben gelegenen Hause linker Hand wohnt. Diese D. v. V***. pflegt Demoiselle X***. oft zu besuchen; und dient ihr zur Gesellschafterin.

ad 6 a) selbige soll 200 Rthlr. bekommen,

ad 6 b) dafür aber auch die X***. warten und pflegen, bis sie stirbt.

ad 7) diese beiden Bilder bezeichnen den Schwestermann der Demoiselle X***., den Herrn C. C***. zu R***., und dessen Tochter. Denen hat die Demoiselle X***.

Digitized by Google

Briefe schreiben lassen, sie haben aber nicht geantwortet; weil ihr nun das sehr schmerzlich fällt, so sollen sie auch von ihrem Vermögen nichts haben.

Nachdem Demoiselle J***. nochmals erklärt, wie sie jederzeit zu beschwören bereit sey, daß, nach ihrer festen Ueberzeugung, die von ihr gegebenen Erklärungen den richtigen Sinn der von der Demoiselle X***. gemachten Zeichen ungezweifelt und vollkommen enthielten, ward sie entlassen und trat nunmehr

Herr K***.

ebenfalls allein vor, welcher praem. praem. angab:

ad 1) Papa! nennt Demoiselle X***. solche Personen von reiferen Jahren, die sich wohl um sie verdient gemacht haben, wie denn der Herr A*. S*. B*. als Vormund gethan; das Küßen der Kleider bedeutet immer bei ihr die Frau jenes Herrn A*. S*. B*., eine adlich geborne von S***. Die Demoiselle X***. hat oft gegen mich geäußert, daß sie diese beiden Personen, die es immer so wohl mit ihr gemeint, dereinst ganz vorzüglich bedenken wolle;

ad 1 a) ist alles, was stehet und lieget im Hause;

ad 1 b) sind Geldsäckchen, und in dieser Verbindung unstreitig ihre sämmtlichen Effecten und Capitalien, so Herr A*. S*. B*. und dessen Frau haben sollen;

ad 2) ist die Schuhmachersfrau R***. hieselbst, die Ehefrau Mstrs R***. des Vaters; diese ist nämlich mit Dem. X***. verwandt, und ich habe ganz deutlich bemerkt, daß sie dabei eine Bewegung mit der Hand nach der Brust machte, womit sie immer Verwandte bezeichnet.

ad 2 a) bedeutet, daß sie das Haus haben soll;

ad 2 b) daß sie von Hausrath nichts haben soll;

ad 2 c) sie soll das Haus zwölf Wochen nach dem Tode der Demoiselle X***. beziehen;

ad 3) das ist S***., die Magd der Demoiselle X***.;

ad 3 a) mit den aufgereckten Fingern meint sie Hundert

und zwar Reichsthaler; das Durchschneiden in der Mitte will sagen funfzig, mithin soll die S***. 150 Rthlr. haben;

ad 3 b) von Meubles soll die S***. die, worauf sie gezeigt, und vier Stühle haben;

ad 3 c) hiermit will sie der S***. die Wohnung in einer Stube des dritten Stockwerks auf Lebenszeit zusichern;

ad 3 d) sagt so viel, daß die Geräthschaften, so in der Küche im Erdgeschoß befindlich, auch der S***. zufallen sollen;

ad 4) bezeichnet eine Bäckerin, deren Namen ich nicht weiß, die aber die Pathe der Demoiselle X***. ist; sie soll 50 Rthlr. erben; diese Frau wohnt, so viel mir bekannt, am Jansthore hieselbst;

ad 5) das ist der Buchdrucker U***. in der Cöllngasse hieselbst, dieser hat auch sein Kind von Demoiselle X***. mit aus der Taufe heben lassen, und so soll dieses Kind 50 Rthlr. haben;

ad 6) das ist eine junge Person von sehr blühendem Ansehen, welche im Hause hierneben an linker Hand wohnt, D. v. B***. mit Namen. Solche ist oft um Demois. X***. gewesen, soll sie bis an ihren Tod warten und pflegen, und dafür 200 Rthlr. von ihr erhalten;

ad 7) die Bilder stellen die in R***. befindlichen Verwandten der Demoiselle X***. vor. Weil ihr diese auf mehrere Briefe nicht eine Zeile geantwortet, so sollen sie auch, weil sie sie damit sehr beleidigt haben, nichts von ihr erben.

Als nun Herr K***. versichert hatte, wie er diese sämmtlichen Erklärungen, als die vollkommen richtige Willensmeinung der Demoiselle X***. enthaltend, jeden Augenblick mit gutem Gewissen beschwören könne, wird er entlassen und trat endlich allein

Herr Peruquier L***.

wiederum vor, welcher auf Vortrag und Befragen folgendes eröffnete:

ad 1) bedeutet, daß Herr und Frau A*. S*. B*., welche beide Demoiselle X*** von jeher so bezeichnet hat, alle Effecten und alle Außenstände an baarem Gelde haben sollten;

ad 2) das will so viel sagen: der Schuhmachermstr. N***., der Leichencassen-Collecteur, oder dessen Ehefrau —, welches von beiden kann ich nicht genau angeben —, sollen das Haus der X***. bekommen; allein nichts von dem, was darin befindlich; auch sollen sie erst zwölf Wochen nach dem Tode der Demoiselle X***. einziehen;

ad 3) bedeutet die Magd der Demoiselle X***., Namens S***. Diese soll ein Legat von 150 Rthlr. erhalten, auch die angedeuteten Mobilien und 4 Stühle; sie soll Zeitlebens in einer Stube des dritten Stockwerks wohnen dürfen, und aus der zur Erde befindlichen Küche alle Küchengeschirre bekommen;

ad 4) dasjenige von der Familie des allhier am Jansthore wohnenden Bäckers, welches ein Pathe der Demois. X***. ist, soll 50 Rthlr. haben; wie aber der Bäcker mit Namen heißt, weiß ich mich eben so wenig zu entsinnen, als ob seine Frau, oder ein Kind, das Pathchen ist;

ad 5) vom Buchdrucker Herrn U***. in der Cöllngasse soll auch ein Kind, wobei Demoiselle X*** Gevatter gestanden, 50 Rthlr. erhalten;

ad 6) bedeutet nach der Gewohnheit der Demoiselle X***. die D. v. B***. hieselbst, ein Mädchen von sehr kräftigem Körperbau, die linker Hand neben an wohnt. Diese soll 200 Rthlr. erben; aber dafür auch Demois. X***. warten und pflegen, bis sie stirbt;

ad 7) die Bilder stellen ihre Verwandten in N***. vor; weil diese ihr auf mehrere Briefe, so sie an dieselben schreiben lassen, niemalen geantwortet, so hat dieses sie, die X***., sehr gekränkt, und will sie ihnen gar nichts zuwenden.

Digitized by Google

Da nun L***. nochmalen dabei verblieb, daß dieses nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung die richtige Erklärung der von Demoiselle X***. gemachten Zeichen allenthalben sey, er auch auf jedesmaliges Verlangen solches zu beschwören erbötig wäre, so wurde er entlassen, und begab sich hierauf

Judicium mit beiden Gerichtsschöppen

wiederum in die Wohnstube der Demoiselle X***., wo man jetzt

1) Herrn A*. S*. B*. hierselbst,
2) Frau A*. S*. B*.,
3) Fräulein D. v. B***., und
4) Die Dienstmagd der Demoiselle X***., S***.;

ingleichen

die Demoiselle J***.

antraf, auch Demoiselle X***. noch ganz wie vorher im Bette liegend fand.

Die Demoiselle X***.

neigte sich sofort freundlich gegen den Herrn Stadtrichter und zeigte dann mit wohlwollenden Mienen auf eine nach der andern der vorverzeichneten vier Personen.

Demoiselle J***.

gab auf Befragen an: Demoiselle X***. wolle damit bezeichnen, daß das dieselben Personen wären, welcher sie in der eben vorgewesenen Handlung Erwähnung thun wollen; — versichert solches, und daß sie es ebenfalls beschwören könne, Handgebend, womit diese Expedition sich endigte.

Nachrichtlich, wie oben,

B*. A*. A*.,

Actuarius juratus."

und nachdem ferner über diese Sache unter dem 24ten Juni dieses Jahres unterthänigster Bericht an Herzogliche Landesregierung erstattet, und darauf mittelst gnädigsten Reskripts vom 7ten und praes. den 10ten Juli dieses Jahres das bei diesem Testaments-Geschäfte von Seiten des Herzogl. Stadtgerichts beobachtete Verfahren mit dem gnädigsten Begehren genehmigt

Digitized by Google

worden: „die als Interpreten bei dieser letzten Willens-Erklärung gebrauchten Personen annoch zu vereiden,“ welches denn auch am 19ten desselben auf legale Weise allhier geschehen;

So ist alles dieses, in quantum juris, auf- und angenommen, in gegenwärtiges unter Stadtgerichts Hand und Siegel ausgefertigtes Instrument gebracht, und solches bis zur künftigen Publication gewöhnlichen Orts verwahrlich allhier niedergelegt worden.

Sign. S***. den 21ten Juli 1813.

(Sig.) Herzogl. Sächs. Stadtgericht allda.
A*. A*. A*., d. Z. Stadtrichter.

§. 3.

Rechtsgrundsätze.

A.) Römisches Recht.

Das ältere röm. Civilrecht stellte als Regel auf: „surdus, mutus testamenta facere non possunt“ [8]. Sie beziehet sich, wie schon die Sprache ergiebt, nicht blos auf Taubstumme, sondern auch auf solche Personen, welche hörten, aber nicht sprechen konnten, oder welche zwar Sprache hatten, jedoch kein Gehör [9]. Ein anderes Fragment enthält die Ausnahme: „Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a Principe impetraverit, valet testamentum“ [10]; und so war dem surdus-mutus, dem, der zugleich taub und stumm war, nicht einmal das Auswirken eines Privilegii ausdrücklich dargeboten [11].

---

8) Gajus L. 6. §. 1. Dig. qui testamenta facere possunt rel. 28. 1.

9) Der Stammelnde oder Harthörige soll nicht hierher gezählt werden. §. 3. Inst. quibus non est permissum facere testamentum. 2. 12.

10) Aemilius Macer L. 7. Dig. qui testam. fac. poss. 28. 1.

11) Ein drittes Pandecten-Fragment räumt ein, daß eine fideicommissarische Verordnung nutu von dem gemacht werden kön-

Digitized by Google

Consequent entwickelten sich diese Rechtssätze aus der Natur und Form der ältern testamenti factio, von welcher aus es dahin kam, daß ein Testator fähig seyn mußte, wenigstens entweder nuncupare, i. e. palam nominare, oder, seinen Willen speciell und deutlich niederzuschreiben und sprechend darauf hinzudeuten [12]). Es leidet daher wohl keinen Zweifel, daß auch derjenige, welcher nur stumm, oder blos taub war, d. h. entweder sprechen konnte, oder hörte, vorher ein privilegium testamenti factionis von der gesetzgebenden Behörde auswirken mußte, ehe er sein Testament gültig errichten konnte. Eine nachfolgende Genehmigung oder Bestätigung stande eben so gewiß mit dem Rechtsprincip in Widerspruch: quod ab initio non valet rel. [13]), als jene sola ratihabitio seu confirmatio Principis nicht die Natur eines erworbenen Privilegiums hat, sondern die Natur eines Machtspruchs, dessen Gültigkeit unter andern Principien stehet [14]). Auch folgt von selbst, daß jene venia, jenes privilegium, nur von der gesetzgebenden Gewalt des Staates ertheilt werden kann [15]).

Justinian selbst erließe folgende Constitution:

„Discretis surdo et muto, quia non semper hujusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus: 1) si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, et hoc a) ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive

---

ne, welcher wenigstens vormals sprechen konnte. L. 21. pr. Dig. de legatis III. (32.)

12) Gajus (Cod. rescr.) in inst. Lib. II. Tit. XI. de testam. ord. et qui test. fac. poss. §. 79. pag. 106.

13) §. 1. Inst. 2. 12. L. 210. Dig. 50. 17. L. 1. Dig. 34. 7.

14) Thibaut, in d. Syst. des Pand. R. §. 139. ibi all.

15) Thibaut, a. a. O. §. 51.

Digitized by Google

vindicta, sive alio modo imponere, eidem legi tam masculos, quam foeminas, obedire imperantes. Ubi autem b) et hujusmodi vitii non naturalis, sive masculo, sive foeminae, accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit, et aures conclusit, si ponamus hujusmodi personam literas scientem, omnia, quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus. Sin autem 2) infortunium discretum, quod ita raro contingit, a) et surdis, licet naturaliter hujusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et in testamentis, et in codicillis, et in mortis causa donationibus, et in libertatibus, et in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia, quae voluerit facere; quia scimus, quosdam jurisperitos et hoc subtilius cogitasse, et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod Jubertio Celso placuit. In eo autem, cui morbus postea superveniens auditum tantumodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin vero b) aures quidem apertae sint, et vocem recipientes, lingua autem ejus penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen, si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet, eum scribentem haec omnia facere, sive naturaliter, si per interventum morbi, hujusmodi infortunium ei accesserit; nullo discrimine, neque in masculis, neque in foeminis, in omni ista constitutione servando" [16]).

Dieſes Geſetz läßt alſo

1) in Hinſicht a) auf Taubſtumme von Geburt (si quis

16) L. 10. Cod. qui testamenta facere possunt vel non. 6. 22.

Digitized by Google

utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat) die Regel des ältern Rechts unbedingt stehen, befestiget sie vielmehr, auch darüber schweigend: ob ein solcher Unglückliche die gesetzgebende Gewalt um ein privilegium testamenti factionis anrufen und dieses praevia causae cognitione [17]) erwarten dürfe? — Doch dieses verstehet sich unstreitig von selbst, da, eine solche Ausnahme von der Regel des positiven Gesetzes zu suchen, welche mit erworbenen Rechten nicht in Widerspruch tritt, dem Gesetzuntergebenen allgemein gestattet, und, sie zu ertheilen, ein natürlicher Bestandtheil der gesetzgebenden Gewalt ist. Gewiß hat auch das ältere Recht diese Befugniß des Unterthans und des Regenten nicht ausschließen wollen [18]).

Dabei erwähnt aber Justinian b) der, im ältern Recht nicht gedachten, Personen, welche dermalen zwar taub und

---

17) Die Nothwendigkeit einer vorgängigen causae cognitio folgt aus der Natur der Sache — der Regent muß von der Fähigkeit des bittenden Subjects glaublich unterrichtet werden. Der Weg durch die öffentliche Behörde, welcher der Supplicant zunächst untergeben ist, ein schleuniges vorbereitendes Auffassen der persönlichen Eigenschaften jenes Subjects von Seiten jener Behörde und deren unmittelbarer Bericht an die privilegirende competente Behörde, ist dabei, wo Verzug Gefahr mit sich führt, gewiß der zweklichste. Schnelle Expedition gebietet das periculum in mora auch der höchsten Behörde. Wenn der Taubstumme durch zu spätes Nachsuchen um die venia testandi deren Ertheilung praevia causae cognitione vor seinem Ableben und vor Herstellung der letztwilligen Verordnung unmöglich machte, so liegt hierinnen wohl kein Grund, die der Handlung nachfolgende Genehmigung und Bestätigung des Regenten der vorangehenden venia testandi gleich zu stellen. Das Einzelne fällt für das Ganze. Das Bestimmeln der Gesetze nach Umständen macht alles Recht ungewiß.

18) S. Note 3. S. 347.

Digitized by Google

stumm zugleich sind, iedoch nicht von Natur, nicht taub geboren und daher auch sprachlos geblieben, sondern durch Krankheit u. d. gl. das Gehör sammt der Sprache verlohren. Sind solche Unglückliche literas scientes [19]), so erlaubt es ihnen alles, was den taubstumm gebornen Subjecten (nr. 1. lit. a.) untersagt ist, nämlich: facere testamentum et codicillos, fideicommissum relinquere, mortis causa donationem celebrare, nec non libertatem sive vindicta sive alio modo imponere. Und hier schweigt das Gesetz von der Bedingung, vorher besondere Erlaubniß des Gesetzgebers einzuholen; es sind vielmehr dergleichen Subjecte hierunter eben so ungebunden, wie der Hörende und Sprechende — nur literas scientes sollen sie seyn — mit dem Daseyn dieser persönlichen Qualität hat schon das positive allgemeine Gesetz ihre Fähigkeit „durch die Schrift letztwillig zu verordnen", bestimmt ausgesprochen, so daß weder die unmögliche nuncupatio nöthig, noch auch eine ratihabitio vel confirmatio Principis etc. wesentlich ist.

Auf eine ähnliche Weise verbessert alsdann Justinian

2) den Rechtszustand derjenigen Personen, welche a) ent-

19) Das bezeichnet hier blos solche Personen, welche selbst schreibe kundig und daher fähig sind, ihren Willen selbst, sua manu, nieder zu schreiben. Ausgeschlossen sind also solche Subjecte, welche das von Andern Niedergeschriebene lesen und verstehen können, wenn gleich unfähig, selbst zu schreiben. Möglich ist denn doch, daß eine solche Person durch Zeichen andeuten könne, was sie niedergeschrieben haben wolle, und daß sie durch Genehmigung, Berichtigung u. s. w. dessen, was auf jene Veranlassung niedergeschrieben, von ihr gelesen und als richtig niedergeschrieben angedeutet wird, die Gewißheit ihres Willens außer allen Zweifel setze. Doch: lex sequenda utut dura! Ein Subject in jener letzten Lage würde also nach der Analogie aus frag. 7. Dig. 28. 1., oder vermöge der allgemeinen Befugniß jedes Gesetzuntergebenen, veniam testamenti-factionis auszuwirken haben, um auf obige Weise ein rechtsbeständiges Testament, Codicill u. d. gl. zu errichten.

Digitized by Google

weder die Sprache haben, jedoch kein Gehör, oder b) zwar hören, jedoch nicht sprechen können — aut surdi, aut muti. Dem Taubsprecher verstattet das Gesetz, mündlich zu testiren, und der Hörstumme soll befugt seyn, durch Selbstschrift letztwillig zu verordnen [20]).

Es kommt hier nichts darauf an, ob der blos Gehörlose taub geboren, oder nachher taub geworden sey, ingleichen ob der blos Sprachlose von Jugend an nicht sprechen konnte, oder ob in der Folge ein Unglück sein Sprachorgan fesselte oder zerstörte [21]). Alle diese Personen enthebt Justinian der

---

20) Vergl. Note 19. Die Worte des Gesetzes: „eam scribentem", bezeichnen gewiß eben soviel, als das obige: „sua manu".

21) In diesem Theil des Gesetzes liegt eine Analogie für die Gültigkeit der Testamente solcher taub und stumm gebornen Personen, welche durch Unterricht fähig werden, ihren Willen mit klarer Vollständigkeit schriftlich zu äußern. Justinian erwähnt dabei den seltenen aber ihm möglich scheinenden Fall voraus, daß der Taubgeborne sprechen lerne, weil er, gestützt auf die Autorität des Jubentius Celsus annimmt, kein Mensch sey ganz ohne alles Gehör. Wenn er nun dabei spricht: si enim vox articulata ei a natura concessa est rel. (freilich ein sonderbarer Fall!) so setzte er wohl hierbei eine flüssige Sprachfertigkeit nicht voraus, sondern nur soviel articulirte Töne, welche bestimmten Willen zweifellos bezeichnen. Diesem Fall aber muß es wenigstens gleich stehen, wenn der Taubgeborne zwar die articulirten Sprachtöne nicht kennen und laut nachahmen lernt, jedoch durch todte Wort- und Sprachzeichen seinen innern Willen zu articuliren vermag. Auch mögte es gleichviel seyn, ob ein Taubstummer das Schreiben vor dem Verlust seines Gehörs und seiner Sprache erlernte, oder ob er schon taubstumm war, ehe er des Schreibens kundig wurde. Und doch ist jenem ersten die testamenti factio activa unter alleiniger Bedingung der Schreibfähigkeit und des Selbstschreibens beigelegt. (S. pag. 367. nr. 19.) Dennoch ist es auch hier bedenklich, ein Gesetz über seinen Wortsinn auszudehnen, welches neben der Gewißheit des Willens auch noch Formen im Auge hat; nicht zu gedenken,

Digitized by Google

Nothwendigkeit, Erlaubniß des Regenten zu der Berichtigung eines Teſtamentes u. d. gl. auszuwirken, und auf ſie iſt alſo die Bedingung und Beſchränkung der L. 7. Dig. 28. 1. nicht mehr anwendbar — inſoweit iſt dieſes Geſetz oder Fragment als geſtrichen anzuſehen. Und ſo iſt nun auch der Sinn einer Stelle der Inſtitutionen Juſtinians aufzufaſſen.

Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam liberati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem omittunt. Unde nostra Constitutio [22]) etiam his subvenit ut certis casibus et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quae eis permissa sunt [23]).

Eine Beſchränkung der L. 10. Cod. all. wird man in dieſer Inſtitutionen-Stelle nicht finden wollen, ſondern nur eine beſtätigende Hindeutung auf den ganzen ſpeciellen Inhalt der bezogenen Conſtitution [24]).

---

daß derjenige, welcher vormals auch nur hörte, viele klare Begriffe in ſeinen tauben Zuſtand mit hinüber nimmt, welche bei dem taubgebornen ſich nicht vorausſetzen laſſen, und daß derjenige, welchem vox articulata a natura concessa est, entweder nicht ſo taub ſeyn kann, wie man es bei den natürlich-taubſtummen Perſonen findet, oder den Wundererſcheinungen beizurechnen wäre. Nach dem jetzigen Stand der poſitiven Geſetzgebung würde alſo auch der taubſtumm-geborne Schreibkundige nur durch eine venia Principis die Gültigkeit ſeines noch ſo klaren Teſtaments gegen die Gefahr der Hinfälligkeit ſichern können.

22) L. 10. Cod. all. 6. 22.

23) Inst. Just. L. II. Tit. XII. §. 3.

24) Bei dem Teſtament eines gehör- und ſprachloſen miles bedienen ſich die röm. Geſetze des aut nicht. Es ſpricht Ulpian:

Digitized by Google

§. 4.

B.) Teutſches Geſetz.

Ein teutſches Reichsgeſetz ſpricht kurz und kräftig ſo:

„Es gehört zu einem jeden Teſtament, daß der oder die, ſo Teſtament machen, mit verſtändlichen Worten reden, oder aber ſchreiben können, denn welcher deren keines könnte, der wird einem Todten gleich geachtet, und mag kein Teſtament machen“ [25]).

Und dann abermals:

„Die Notarien ſollen ſich auch hüten vor allen denen, ſo weder verſtändlich reden noch ſchreiben können, dann ſie kein Teſtament machen mögen“ [26]).

---

jure militari surdum et mutum testamentum facere placet. L. 4. Dig. 29. 1. und ſo auch Juſtinian quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest. §. 2. Inst. 2. 11. Das ſoll mehr ausſprechen, als den Inhalt der Const. 10. Cod. 6. 22., der oben angezogenen Pandectenfragmente, und der Stelle §. 3. Inst. 2. 12. Konnte aber der röm. Soldat durch bloſe Geſticulationen die erforderliche Gewißheit ſeines letzten Willens ausſprechen, und wie anders, wenn er taub und ſtumm war, und auch nicht ſchreiben konnte? Zur Bedingung machen die Geſetze ſeine Schreibfähigkeit nicht, obgleich ſie mit jeder erklärbaren Schrift, mit Abbreviaturen u. d. gl., ſich begnügen. Faciant testamenta, quomodo poterint; sufficiat nuda voluntas testatoris, ſind die Worte der L. 1. pr. Dig. 29. 1. Vrgl. Notar. O. v. 1512. Tit. 1. §. 2. a. E. Nirgends aber eine Andeutung bloſer Geſticulationen. Vergl. L. 15. §. 1. L. 40. pr. Dig. ej. tit. L. 15. Cod. 6. 21. Pr. Inst. 2. 11. Könnte man aus L. 21. pr. Dig. 32. in Verbindung mit L. 36. Dig. 29. 1. etwas folgern? —

25) Notariats-Ordnung v. J. 1512. Tit. I. Von Teſtamenten §. 4. vers. lat.: „Item requiritur in omni testamento, quod testator, testatrixve, verbis intelligentibus loqui aut scribere sciat. Nam neutrum eorum sciens mortuo similis in hoc reputatur et testari non potest.“

26) Notar. O. a. a. O. §. 5. a. E.

Digitized by Google

Auf der einen Seite ist auch hier nicht ausgeschlossen, daß derjenige, welcher weder verständlich sprechen, noch seinen Willen deutlich niederschreiben kann, letzten jedoch durch Zeichensprache klar zu äußern vermag, eine veniam testandi von der competenten Staatsgewalt suche und erhalte; auch muß man annehmen, daß die Reichsgesetzgebung, als sie jene Sätze aussprach, auf das röm. Recht hinsahe und dieses bestätigte; auf der andern Seite aber ist nicht ohne Belang, daß das Reichsgesetz den allgemeinen Satz enthält:

> Wer entweder verständlich sprechen kann, wäre er auch gehörlos, oder wer seinen Willen verständlich niederzuschreiben vermag, sey er auch zum Sprechen ganz unfähig, der ist schon gemeingesetzlich, ohne vorgängige besondere Erlaubniß der Regierungs-Gewalt, befugt, letztwillig zu verordnen" [27];

mithin hierunter auch wohl solche Personen begriffen werden können, welche taubgeboren sprachlos blieben, jedoch nachher so schreiben lernten, daß sie ihren letzten Willen verständlich niederschreiben können. Insoferne reicht das teutsche Gesetz noch weiter, als die L. 10. Cod. 6. 22., darauf hingesehen, daß diese röm. Constitution nur solcher Schreibkundigen erwähnt, welchen zwar die Sprache abgehet, die jedoch Gehör haben [28]). Um so mehr begreift jene teutsch-

---

27) Es verstehet sich übrigens von selbst, daß die Schreibkundigkeit und die Authenticität der Niederschrift außer Zweifel liegen und also die Niederschrift des Sprachlosen unter den legalen Formen der Errichtung der bezweckten letztwilligen Verordnung geschehen muß z. B. in Gegenwart des Gerichts, oder der Testamentszeugen. Die Feststellung jener Gewißheit ist ein Theil des Rechtsgeschäftes.

28) Sin vero aures quidem apertae sint et vocem recipientes, lingua autem penitus praepedita, — — — attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus rel. L. 10. Cod. cit.

Digitized by Google

rechtliche generelle Verordnung auch den Fall, wann ein taubgeborner durch künstlichen Unterricht sprechen lernen sollte, weil das römische Recht den wenigstens ganz gleichen Fall als nicht unmöglich erwähnt, daferne dem von Geburt gehörlosen Subject die Sprache von der Natur gegeben wäre [29]).

Aber Aber — alle Personen, welche weder articulirt und verständlich sprechen, noch ihre letztwillige Verordnung eigenhändig und verständlich niederschreiben können, die sind in diesem Rechtsgebiet den Todten gleich, führt sie nicht eine venia Principis in den Kreis der lebendigen Staatsbürger.

§. 5.

Schlußbemerkung.

Das vorige (§. 3. und 4.) mag Stoff genug zu dem Urtheil enthalten, ob das obige Testament (§. 2.) für rechtsbeständig oder für hinfällig zu achten sey, und ob dasjenige den Gesetzen entspreche, was Rivinus zur Aufrechthaltung solcher letztwilligen Verordnungen ausführen mag [30]). Pufendorf erzählt einen sehr ähnlichen Fall [31]); doch war in diesem die venia Principis vor der Testamentshandlung ausgewirkt, und nach deren Vollzug trate noch eine Confirmatio testamenti von Seiten des Regenten hinzu. Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß das Testament der X***. §. 2. eine solche Gewißheit ihres Willens ausspricht [32]), wie eine certitudo voluntatis durch Zeichensprache irgends bewiesen werden mag.

---

29) S. oben §. 3. S. 363.

30) In diss. de testamento surdi et muti natura talis valido. Lips. 1740. Dem obigen Zweck gemäß §. 1. wurde hier nur der Buchstabe des Gesetzes vor Augen gezogen, und alles dahin gestellt, was, den obigen Gegenstand betreffend, als gut oder schlecht in der juristischen Literatur sich findet.

31) In Observat. jur. univ. T. III. obs. 173.

32) Hierinnen hat das Testament der X***. noch große Vorzüge vor Pufendorfs Rechtsfall. In diesem erscheinen die Dollmetscher weit weniger bestimmt und gleichförmig.

Digitized by Google

Drei, der Zeichensprache jener X***. wohl kundige, vortheilsfreie, in jeder Hinsicht tadellose, Dollmetscher erklären die, gleichzeitig in Gegenwart des Gerichts und von diesem mitbemerkten, Gesticulationen der X***., einzeln vernommen, und ohne daß eine Vorbereitung oder Collusion physisch denkbar wäre, so harmonisch, daß man die Ueberzeugung von der Wahrheit und Richtigkeit der Deutung jenes durch Zeichen geäußerten Willens der X***. fast höher gespannt findet, als wann diese mit articulirten Tönen gesprochen hätte. Wo eine direkte Harmonie zu ermangeln scheint, z. B. K***. ad 1. u. 4. S. 359. f., da treten solche Demonstrationen des Dollmetschers hinzu, welche auch der sprechende Testator wählen können [33]), ja obige Ueberzeugung eher steigern, als mindern, weil zugleich die Gewissenhaftigkeit des Erklärers aus ihnen spricht. Und dabei erwäge man, daß auch der X***. Begriff eines Universal-Erben hervorleuchtet. Sie läßt diesen, in der Person des A*. S*. B*. und dessen Ehegattin, vorangehen, und wendet sich dann erst zur Verordnung bestimmter Einzelheiten — der Legate — schließt aber am Ende auch die Intestaterben gänzlich aus, zum Beweis, daß sie nur testamentarisch beerbt seyn will von den Eheleuten A*. S*. B*. Die Handlung selbst ist ein bündiger Beweis der klaren Begriffe der X***. und ihres deutlichen festen Willens [34]). Der Vernunft muß man Gewalt anthun, will man die Gewißheit des Willens jener Erblasserin bestreiten.

Wenn also eine Anfechtung des Testaments von Erfolg wäre, so würden die Entscheidungs-Gründe lediglich in dem Gebiete der Einleitungsform sich bewegen müssen — der Vorwurf eines Versehens aber würde, außer dem Rechtsgelehrten

---

33) Thibaut, a. a. O. §. 799. ibi leg.

34) So schließt man auch in andern Fällen von der äußern Beschaffenheit eines Rechtsgeschäfts auf den innern Seelenzustand dessen, welcher es herstellte.

Digitized by Google

Curator der X***., auch die untergerichtliche und obergerichtliche Behörde mittreffen.

Daran erkenne man wenigstens, daß das praktische Rechtsleben oft mehr Umsicht erfordert, als eine hochweise Predigt vom Lehrstuhle.

XXIII.

Einige Worte über die Trennung der Gerichte in Civil- und Administrativ-Gerichte.

Von

Dr. Nibler, Königl. Baier. Advocaten zu Straubing.

§. 1.

Es ist jetzt auch die Frage lebendig: „ob die administrativ-contentiösen Sachen eigenen Gerichten zugetheilt seyn sollen“?

Würden für dergleichen Rechtsstreitigkeiten besondere, wie die regulirten Civilgerichte unabhängige, Gerichte angeordnet, besetzt mit juridisch gebildeten Richtern und Sachkundigen, wie z. B. bei einem Handelsgericht es der Fall seyn kann, so wäre dagegen wohl in finanzieller Hinsicht viel, in andern Rücksichten aber weniger einzuwenden [1]). Dorthin gehet aber auch nicht überall das Streben, sondern man will vielmehr nur den administrativen Behörden einen richterlichen Charakter beilegen [2]).

Die Entscheidung der Frage: ob dieses gerecht und zweklich sey? wird zunächst dadurch erschwert, daß der Begriff

---

1) Gespräche über die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern, München 1818.

2) v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuches ꝛc. I. Vor S. XVI. ff. II. S. 56. Dagegen Rudhart, über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzb. 1817. Diese Schrift ist zum Theil Quelle und Leitfaden obiger, hie und da mehr in das Specielle eingehenden, Abhandlung. Suum cuique!

Digitized by Google

von [3]) administrativ-contentiösen Sachen bis jetzt nicht im Reinen ist, und wenigstens zu sehr erweitert wird. Man verwechselt nämlich mit ihnen, oder ziehet verwirrend in ihren Kreis, auch solche reine Regierungssachen, wo zwar allerdings auch Privatpersonen betheiligt sind, worüber es aber solche bestimmte positive Civilgesetze weder giebt, noch füglich geben kann, aus welchen der Unterthan sich ein Recht für seinen Privatrechtskreis dergestalt aneignen könnte, daß dieses einen bleibenden Theil seines Eigenthums im allgemeinen Sinn bilde, m. a. W. ein erworbenes Recht, und in welchen blosen Regierungssachen folglich das Meiste doch den Einsichten einer prüfenden und regulierenden Staatsgewalt überlassen werden muß. Hat man nun einmal in diesem gleichsam gesetzlosen Gebiet vernünftiger und zweckmäßiger Regierungswillkühr, welche nur durch, aus der Natur der Sache entnommenen, dem Staats- und Gemeinwohl, den Verhältnissen in concreto, den Zeitbedürfnissen u. s. w., entsprechenden staatsrechtlichen Principien sich regeln und beschränken läßt, Fuß gefaßt, hat man diese wahren Regierungssachen hervorgehoben, so werden andere Verhältnisse, die dem Gebiete wohlerworbener Privatrechte angehören, und welche das positive Civilrecht allerdings im Auge und zum Gegenstand hat, ganz

---

3) Es sey der Redaction dieser Zeitschrift erlaubt, diesen Orts einige Stellen aus dem Ueberreichungs-Bericht des „Entwurfs einer Processform für Administrativ-Streitigkeiten, Bern 1818." beizufügen. M. s. dieses Archiv Bd. 3. Heft 2. S. 242. §. 5.

Der §. 23. des Entwurfes selbst lautet: „Wenn eine persönliche Pflicht oder ein Gegenstand des Privat-Interesse streitig wird, die mit einer allgemeinen Staatseinrichtung oder einem Zweige der Staatsverwaltung in solcher Verbindung stehen, dafs sie nicht der willkührlichen Verfügung der Parthei ausschliessend überlassen werden können, sondern die Möglichkeit der Einwirkung der Staatsgewalt offen bleiben mufs; so gehört ein solcher Streit für den Administrativ-Gerichtsstand".

In dem Ueberreichungs-Bericht lautet es nun S. 11. ff. so: „Folgender Jdeen-Gang führte auf die Definition, welche der §. 23. enthält: Der Charakter der richterlichen Behörden soll strenge rücksichtlose Gerechtigkeit seyn; der Hauptzweck der Regierungsbehörden hingegen,

Digitized by Google

leise in den Hintergrund geschoben, um nun folgendes zu dociren; weil

a) die Richter der Rechtspflege den ihnen vorgelegten Fall blos unter das positive Gesetz zu subsumiren, keineswegs aber nach ihren Einsichten zu entscheiden hätten; weil

b) dieselben, wenn es auf andere, als juridische Kenntnisse ankomme, die Entscheidung doch den zuzuziehenden Sachverständigen überlassen müßten, und weil

c) die Regierung in solchen, das Gemeinwohl betreffenden, oder mitbetreffenden, Staatsangelegenheiten nicht wohl andere Sachverständige zulassen könne als ihre, jener Gegenstände wegen öffentlich angestellte, Administrativbeamten; weil ferner

d) die administrativen Stellen aus einer Art von Machtvollkommenheit nachhelfen und den anhängigen Rechtsstreit vergeblich machen dürften, z. B. in Sachen streitiger Gewerbsberechtigung durch eine neue Concession;

so sey es entschieden besser, alle administrativ-contentiösen Sachen bei den administrativen Behörden zu belassen, oder diesen zu übertragen.

Diese Gründe unter a. b. c. und d. lassen sich aber nur dann hören, wenn man diejenigen Sachen ausscheidet

---

umsichtige Sorgfalt für die Erhaltung und die Wohlfarth des Staates im Ganzen, welchem sehr oft Privatverhältnisse untergeordnet werden müssen. Darum ist in wohlgeordneten Staaten die richterliche Gewalt von der Regierungsgewalt getrennt. Es giebt aber solche Privatrechte und Verhältnisse des Staatsbürgers, die mit der allgemeinen Staatsorganisation, oder mit der Staatsverwaltung überhaupt, oder einzelnen Zweigen derselben, in so *unmittelbarer* Verbindung stehen, dafs sie ohne den gröfsten Nachtheil für den Staat unmöglich, aufser aller Beziehung auf die allgemeinen Verhältnisse, blos nach den Regeln des strengen Privatrechtes, entschieden werden können. Darum aber, weil der ordentliche Richter ausschliefsend nur auf diese letztern Rücksicht zu nehmen hat, und ihm jeder andere Gesichtspunkt fremd bleiben soll, als derjenige des strengsten Rechts, — darum mufs diese Classe von Verhältnissen, wenn sie streitig werden, seinem Geschäftskreise nothwendig entzogen, und ihr Entscheid einer solchen Behörde übertragen werden,

Digitized by Google

in welchen die Staatsverwaltung mit einem solchen Subject gar nicht in Collision kommt, welches, einem bestimmten adversarius gegenüber, sey dieses auch die Staatsadministration selbst, ein erworbenes Recht aus bestehenden Gesetzen behauptet, dieses jus quaesitum vertheidigen, und nach den Normen jenes publicirten Gesetzes entschieden wissen will. Wo diese Merkmale und dieses Streben sich nicht vorfinden, oder auch wo der sich zeigende Contradictor, z. B. die Zunft gegen eine ihr nicht vortheilhafte Concession, sich nur auf Billigkeitsgründe, blos auf das eigene Interesse des Staates, oder nur auf das des Gemein- oder Ortswohls, sich beziehen kann, nicht auf ein erworbenes ausschließliches Privilegium u. d. gl., da hat die heilige Justiz auch nichts zu schaffen, sondern überläßt willig die Sache einsichtigen und gnädigen Hütern des Staats- und Gemeinwohls — ja schreiend protestirt sie gegen die Belastung mit jenen reinen Administrations-Sachen, durch welche die Rechtspflege gemeinschädlich gehemmt und verunstaltet wird.

Aber wenn der Unterthan bescheiden auf die lex lata hinzeigt, und behauptet: „aus dieser hab ich ein Recht erworben, das ich dem Staat, oder einem Mitbürger, so geradezu nicht opfern will“, sey es auch, daß mit diesem strei-

---

welche dabei auch die Harmonie des Ganzen und den ungestörten Gang der Staatsverwaltung überhaupt, berücksichtigen kann. Diese Gegenstände nun gehören unter die Rechtspflege der Regierungsgewalt, welche das Recht der streitenden Parteien nicht absolut entscheidet, sondern zugleich auch mit den Forderungen der Zeitumstände und des allgemeinen Bedürfnisses in Uebereinstimmung setzen muss, — es sind dieses Administrativ-Streitigkeiten. Wo also ein Recht oder Verhältniss streitig wird, über welches der Staatsbürger durchaus frei verfügen kann, ohne dass diese Verfügung auf [illegible]n Organismus des Staates oder auf den Gang seiner Verwaltung einwirkt — da ist ein Civilfall vorhanden, — ein Administrativfall hingegen, wo das streitige Verhältniss oder Recht mit einer allgemeinen Staatseinrichtung oder mit einem Zweige der Staatsverwaltung in unmittelbarer Verbindung steht. Aus dieser Definition ergeben sich nun schon wesentliche Verschiedenheiten, die bei dem Gange der Untersuchung der einen und der andern Art von

Digitized by Google

tigen Rechtsverhältniß ein specielles Interesse des Staates sich verflechtet, so tritt diese nunmehr streitige Rechtssache aus dem Gebiet obiger Staatswillkühr — sie wird eine administrativ-contentiose Rechtssache.

Es sind also nur solche das Gemeinwohl berührende Privatrechts-Angelegenheiten für administrativ-contentiose Sachen zu erklären, worüber in dem Staate solche Rechtsgesetze existiren, daß jeder einzelne Fall durch Subsumtion unter das Rechtsgesetz nach dessen vorsorglichem Willen entschieden werden kann.

So läßt sich z. B. wohl kein bestimmtes Gesetz darüber geben, „wo die von der Administration beschlossene, Einzelnen schädliche, vielen nützliche, Kunststraße angelegt oder nicht angelegt werden solle, ob, unter den vorliegenden Zeitumständen, Ausfuhrverbote zu erlassen, Zölle zu erhöhen oder zu vermindern sind", gesetzt auch die Folge solcher Administrativ-Handlungen sollten des einen Unterthans Vermögen mindern, des andern aber mehren. Auch darf man an der Möglichkeit zweifeln, daß sich für Gewerbsverhältnisse, das Nahrungswesen u. d. gl., solche Gesetze ertheilen lassen, welche, wie die Civilgesetze, den einen Fall wie den andern beherrschen und bis dahin zur Entscheidungsnorm dienen, wo die gesetzgebende Gewalt etwas an-

---

Geschäften statt finden müssen, wenn derselbe folgerichtig seyn soll. Da die Civilfälle sich auf solche Gegenstände erstrecken, welche der freien Verfügung der Parteien unterliegen, so kann für dieselben auch der reine Verhandlungsprocess statt haben, wo die Parteien die Prozedur nach eigenem Gutfinden, ohne thätige Einwirkung der öffentlichen Gewalt, instruiren; wo eine Partei ihr ganzes Recht durch eine Nachläfsigkeit verlieren kann, auf welche das Gesetz diese Folge verhängt; wo endlich der Richter lediglich das Begehren der nachsuchenden Partei ohne einige Modification gestattet, wenn er es recht, — und abweiset, wenn er es unrecht findet. Dieses sind unbedingt die Grundlagen der Civil-Rechtsform des alten Cantons Bern; und auch mit einiger Beschränkung diejenigen der französischen, welche einstweilen noch in den Aemtern des Leberbergs herrscht. Anders verhält es sich aber mit den Gegenständen, welche der Administrativ-Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Bei diesen waltet nämlich, der aufgestellten Definition zufolge,

Digitized by Google

deres als Norm gebietet. Dergleichen Gegenstände sind mit dem Staats- und Gemeinwohl so unzertrennlich verknüpft, daß Collisionsfälle, wo jenes vorgehen muß, häufig und vielfach eintreten, daher auch über solche Verhältnisse nicht wohl solche Verträge geschlossen werden können, zu deren Execution der Staat pflichtig, oder der Richter berechtiget wäre. Es muß dieses selbst von denjenigen Zunft- und Gewerbsgesetzen gelten, welche die Regierung, für das Land oder einen einzelnen Ort, als Gesetze der bürgerlichen Ordnung publicirt, ohne daß man die Befugniß aus ihnen erworbene Privilegien nennen kann. So lange diese Ordnungsgesetze nicht zurückgezogen werden, handelt jeder unter ihrem Schutze, unternimmt, was sie erlauben, hat auch das Recht, über den Mitbürger sich zu beschweren, welcher jenen Vorschriften entgegen handelt, und kann darauf antragen, jene Verletzung des Gewerbsgesetzes zu beseitigen, den Contravenienten zur Ordnung zu weisen.

Und in diesem Gebiete mag nun die Administrationsbehörde, als Wächterin über eine dem Staatswohl angemessene Beobachtung jener nicht privatrechtlichen, sondern vielmehr staats- oder ortsbürgerlichen, Gesetze, die competente und zweckliche Behörde seyn, welche um Beleuchtung der Falles

---

immerhin, mit und nebst dem streitigen Privatinteresse, auch ein Interesse des Staates für die ungestörte Erhaltung seiner innern Organisation und Verwaltung; nebst den unmittelbar streitenden Parteien ist noch eine *dritte*, nämlich der Staat, dabei interessirt, dafs die Verhandlungen der erstern, und der Entscheid des Streites, von keiner schädlichen Wirkung für das Gemeinwesen seyen. Wäre das Interesse des Staates in der Regel hiebei vorherrschend und überwiegend, so würde dieses auch erheischen, dafs die Einwirkung der Staatsgewalt auf den Gang der Untersuchung vorherrschen müsse; es würde für Administrativ-Streitigkeiten auf die unbedingte Untersuchungsmaxime, oder auf den Informativ-Proceſs führen, — wo der Richter nach seinem Gutfinden und ohne Einwirkung der Parteien den Proceſs instruirt. — Aber dieses ist in der Regel nicht der Fall bei dieser Art von Streitigkeiten, sondern das Staats-Interesse bei denselben ist meistens entfernt, weſswegen denn auch eine gemischte Rechtsform die einzig passende scheint; bei welcher zwar die Parteien

Digitized by Google

und dessen Regulirung nach dem Ordnungsgesetz angerufen wird. Nur ist zu wünschen, daß hier nicht bloße Ansichten, sondern auch wirkliche, mit Rechtskenntnissen bewaffnete, Einsichten die Sache leiten und entscheiden, und daß insonderheit die Oberverwaltungsbehörden Regierungs- und Justizkenntnisse in sich vereinigen mögen, weil auch jede Administrationssache mit Rechtsbegriffen, vorzüglich mit staatsrechtlichen Principien, sich verknüpft, keineswegs aber eine regellose, subjectiv-ideale, Willkühr ihre Seele seyn darf.

Ganz anders verhält es sich hingegen, wenn einzelnen Subjecten, oder einer moralischen Person, z. B. einer Zunft, gewisse Gewerbsvorrechte u. d. gl. als fortdauernde Privilegien ertheilt worden sind. Diese gehen als erworbene Rechte über in das Gebiet der Privatrechte jener physischen oder moralischen Person; und diese privatrechtliche Seite ist dann die vorherrschende. Diese läßt sich dann, entstehet ein Kampf zwischen jenen Privilegirten und einem Dritten, immer unter die Privatrechtsgesetze mit richterlicher Thätigkeit subsumiren, und das Privilegium der gesetzgebenden Gewalt ist das nächste Gesetz, welches zu ändern eine administrative Behörde so wenig vermag, als der Richter. — Ja nicht einmal rechtsdoctrinell erklären darf die Administration jene pri-

---

ihr Recht selbst vertheidigen können, aber die öffentliche Gewalt insofern mitwirkt, als es nöthig ist, um auch die Interessen des Gemeinwesens zu schirmen, und die Mittel dazu in das gehörige Licht zu stellen. Hiebei darf keine Partei durch ihre Handlungen oder Versäumnisse den Ausgang überhaupt entscheiden; keine Termine im Lauf der Untersuchung dürfen statt finden, welche die Hauptsache, den Streitpunkt selbst perimiren, weil auch der Staat bei diesem Ausgange interessirt ist, und also keine Partei denselben durch ihre Nachläßigkeit bestimmen kann. Endlich muß der Richter bei derlei Streitigkeiten nicht nur die unbedingte Rechtsbegründniß der Klagforderungen oder des Schlusses der Partei beurtheilen, sondern auch ihr Verhältniß zu den Forderungen des Staates, um sie auch mit diesen in Einklang zu bringen. Er kann also nicht gebunden werden, blos der fordernden Partei ihren Schluß zuzusprechen, oder denselben zu verwerfen, sondern er muß das eingeklagte Privatinteresse so entscheiden, daß auch dasjenige des Gemein-

Digitized by Google

vilegia und jure singularia, wohl aber gebührt dem Richteramt jene Art der Interpretation, als dazu fähig, und durch das gemeine Gesetz dazu authorisirt.

Concurrirt nun bei jenem Rechtskampf auch ein unmittelbares Interesse des Staates als solchen, und wird die Sache dadurch erst administrativ-contentiös, so wird sie doch deshalb nicht auch ein Gegenstand der administrativen Gewalt des Staates, sondern dieses Interesse einer administrativen Behörde legitimirt diese nur ad causam, um die Rolle einer Partei vor der Rechtsverwaltung des nämlichen Staates, der nämlichen Regierungsgewalt, sich beizulegen.

In diesem Gebiet und Fall muß auch das Interesse der Administration dem bestehenden Gesetz, dem mit dem Gemeinwohl verträglichen Rechtsspruch des Richters, sich unterordnen. Denn Gesetz und Recht, dessen Aufrechthaltung und gleiche gerechte Anwendung, ist das allerhöchste Interesse des Staates mit allen dessen Regierungsgewaltszweigen. Eine höchste Regierungsgewalt, welche dieses nicht selbst anerkennen wollte, würde sich selbst verkennen. Nur eine wahre Collision des Staatswohls mit dem erworbenen Privatrecht kann letztes vertilgen — der Staat muß zeigen können: „ich selbst kann meinen höchsten Zweck des Gemeinwohls gar nicht

---

wesens nicht darunter leide. Aus dem Begriff der Administrations Streitigkeiten selbst fliessen also die Grundsätze als natürliche Folgerungen:

1) dafs der Administrativ-Proceſs im wesentlichen nach den Regeln des Civil-Rechtsganges geführt werden solle, welchem die Verhandlungsmaxime zum Grund liegt, weil dabei gewöhnlich das Privatinteresse vorherrscht, und die Parteien als in der Befugnifs stehen sollen, dasselbe nach ihrer Ansicht und ihrer Ueberzeugung vertheidigen zu können.

2) dafs der Civil-Rechtsgang insofern modifizirt und durch Beisätze nach der Untersuchungsmaxime gemischt werden müsse, als es nöthig ist, auch das Gemeininteresse zu handhaben."

So weit die Worte jenes Berichts, bei welchem wohl der würdige Professor *Schnell* die Feder führte. Die Klarheit ergreift, die Wahrheit in ihr ist aber dennoch *nur relativ* — nur Wahrheit in Hinsicht auf die republikanische Regierungs- und Justiz-Verfassung des Cantons

Digitized by Google

erreichen, wird jenes erworbene Privatrecht einzelner Bürger jetzt so angewendet und dauert es so fort, wie das bestehende Gesetz es will". Und auch in diesem Nothfall bleibt die Pflicht möglicher Entschädigung dessen, welchen das Gemeinwohl aus seinem Privatrechtskreis selbstgenöthiget verdrängt [4]).

§. 2.

Davon ausgegangen darf man den Satz behaupten: „es sey rechtlicher, und schon daher für den Staatszweck selbst ersprieslicher, die wahren administrativ-contentiösen Sachen — als Rechtsstreitigkeiten — den ordentlichen resp. Civil- resp. Straf-Gerichten zu überlassen".

Bern. Da sind die Mitglieder derjenigen Behörden, welche in administrativ-streitigen Sachen *Recht* sprechen sollen, und insonderheit die des kleinen Raths, eben so unbefangen und eben so fähig, *Recht* zu sprechen, als die Beisitzer der Civilgerichte. Abgesehen von dem gelehrten Oberamtmann, dem republikanischen Comes, finden wir hier noch die alten teutschen Schöppen, aus dem Volk, welche nicht blos über die Wahrheit einer Thatsache urtheilen, sondern *das Recht selbst*, welches aus dem facto folgt, *votirend mitfinden*. Die Zahl der bei der Administration thätigen Bürger enthält leichtmöglich noch mehr studirte Rechtskenner, als die Zahl der Civilgerichts-Männer, und insonderheit ist dieses bei dem kleinen Rath der Fall, als Oberinstanz in Administrativ-Streitigkeiten. Auch ist der Procefs in diesen so geregelt, wenigstens nach dem Entwurf, dafs der Staat, oder dessen Administrations-Beamten, nur wie eine Partei angesehen werden, welche sich, wie jeder einzelne Bürger, das gefallen lassen mufs, was das Gesetz ausspricht. Jedem Mitbürger ist volle Rechtsvertheidigung gegen den Staat selbst gegeben. Zwar dieses Princip erkennen auch die teutschen monarchischen Regierungen gerecht wider sich selbst an; allein daraus folgt nicht, dafs es auch einer monarchischen Verfassung angemessen sey, die Administrations-Institute mit einer Richtergewalt auszurüsten. *Gensler.*

4) Ueber den Begriff erworbener, und daher fortdauernder Rechte, s. m. a. dieses Archiv für die Civilist. Praxis. B. 3. Hft. 2. Abh. XII. S. 153 ff.

Digitized by Google

Denn

A.) es ist ja eine schon vorhandene, ewige und nothwendige, Forderung an die Civil- und Straf-Richter, daß sie wissen müssen, was ein unmittelbares Interesse des Staates sey, und daß sie z. B. auch Cultur- und Gewerbs-Ordnungen ꝛc. des Staates kennen sollen, welchem sie als Richter angehören.

Diese Verordnungen selbst und ihr Gegenstand sind auch dem Justiz-Official, und selbst den Civilgesetzen, so wenig fremd, als die Gesetze wegen der bäuerlichen Verhältnisse, oder wegen Verhältniß der Kirche, der Preßfreiheit, der Staatsdiener u. s. w. Alle diese Verhältnisse berühren auch das Privatrecht, und müssen mehr als häufig in dieses und in das Civilrecht im weiten Sinne herüber gezogen werden, oder sind vielmehr auch schon an sich dessen Gegenstände [1]). Selbst in Cultursachen sind häufig civilrechtliche Vor- und Nebenfragen zu entscheiden, wobei die administrative Behörde sich ganz aus der Sphäre ihrer Amtsthätigkeit geworfen und wohl genöthiget findet, die Civilgerichte zu Hülfe zu nehmen, glaubt sie sich nicht für alles klug und zu allem berechtiget. Wenn man insonderheit auf Streitigkeiten zwischen dem Meister und Gesellen oder Lehrburschen, zwischen dem Dienstherrn und dem Gesinde, zwischen dem Hauseigenthümer und den Miethleuten, ferner auf Streitigkeiten über Concurrenzen zu Gemeindeanstalten, Kirchen- Pfarr- und Schulgebäuden u. d. gl. hinsiehet, welche Sachen man alle zur Administration oder Polizei verweisen will, so haben dieselbe eine ganz privatrechtliche Natur. In Rechtsstreitigkeiten dieser Art müssen freilich auch die Civilgerichte schnell verfahren; — aber eben deshalb sind ja alle Sachen, wobei Gefahr im Verzug ist ꝛc., schon gesetzlich Gegenstände der summarischen oder schleunigen Proceßarten, unbedingte und bedingte Mandate, provisorische Verfügungen, eine Interims-Execution nach kurzem oder suspendirten Gehör, haben ja in jenem Gebiet ihre gesetzliche Thätigkeit. Auch mag es möglich seyn, daß bisweilen, z. B. in Baustreitigkeiten u. d. gl., dem Gericht fast nichts mehr zu thun bleibt, als die Proceßdirection; es muß wohl die Entscheidung den Bauverständigen, oder resp. andern Kunst- und Sachverständigen überlassen; allein wie oft ist dieses auch in reinen Privat-Rechtsstreitigkeiten der Fall! Und es bleibt

---

1) So ist wohl auch Justinian in der Definition zu verstehen: jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. §. 1. Inst. de justitia et jure. 1. 1.

ja auch der Administrations-Behörde oft nichts anders übrig, selbst wenn z. B. es sich von der Feuergefährlichkeit handelt. General-Sachverständige sind doch auch die Administrativ-Beamten nicht; auch ihr Wissen ist Stück- und Flickwerk. Schiene es auch in Sachen der letzten Beschaffenheit so ziemlich einerlei, zu welcher Stelle sie gewiesen würden, so entscheidet für die ordentlichen Gerichte dennoch der Umstand, daß das hier vorausgesetzte streitige Rechtsverhältniß, sey auch das Gemeinwohl Mitinteressent, zwecklicher nach den allgemeinen Regeln ausgemittelt und festgestellt wird, welche die Gesetzgebung für die Erörterung und Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse überhaupt für zwecklich achtet, damit auch hier die Gleichförmigkeit und Einheit mehr gesichert bleibe, als es der Fall bei Behörden ist, welche, ein procedere nach den einzeln Umständen selbst zu schaffen, gewöhnlich sich veranlaßt findet. Warum eine Ausnahme von der allgemeinen Regel deshalb, weil die moralische Person des Staates bei dem Rechtsstreit concurrirt? Auch der Staat kann seinen Vertreter vor dem Gericht haben, welches er selbst, vermöge seines eigenen Grundgesetzes der Gerechtigkeit, anordnete und organisirte. Läßt er sich doch auch in den, das Gemeinwohl so unmittelbar berührenden, Criminalsachen die Untersuchung und Entscheidung seines selbst angeordneten Gerichts gefallen; denn was ist z. B. der öffentliche Ankläger, der Fiskal u. d. gl., anders, als ein Procurator des klagenden Staates und der Regierung?

Auch hat das Princip keinen besonderen Werth: „über Sachen, welche zugleich das öffentliche Beste, Staatswohl, Gemeinwohl, beträfen, könnten sich die Privatparteien nicht vergleichen, und sie gehörten also auch nicht für die Civilgerichte, z. B. Streit über die Feuergefährlichkeit eines Gebäudes ꝛc. Eines Theils ist es überhaupt nicht wesentlich, daß der Gegenstand des Civil-Streits ein veräußerliches Recht betreffe, indem es wohl mehrere unveräußerliche Rechte giebt, wie z. B. das Recht auf Alimentation, die nach ungetheilter Meinung nur von den Civilgerichten verfolgt, verhandelt, und entschieden werden können — andern Theils aber wird ja Concurrenz derjenigen administrativen Behörde vorausgesetzt, welcher die Sorge für jenes öffentliche Interesse obliegt, und welcher die Gelegenheit gegeben ist, mit höchster Kraft und Bündigkeit die nöthige Einwirkung des Staatswohls dem Richter bemerklich zu machen. Auch diesem ruft ja das Gesetz zu: salus-publica-suprema lex esto.

Siehet man aber insonderheit hin

B.) auf solche streitige Rechtsverhältnisse, in welchen der Staat vermöge eines pecuniären Interesse direct und al-

lein als Gegner eines Gesetzuntergebenen auftritt, ohne daß dieser letzte zugleich mit einem Mitunterthan der nämlichen Sache wegen über Recht oder Unrecht zu kämpfen hat, (z. B. jemand behauptet, es fordere die Administrativbehörde gegen die Steuergesetze, oder durch diese nicht authorisirt, ein zu hohes Quantum von ihm,) so mögte der Staat das Zutrauen zu ihm selbst untergraben, wenn er, ist die Sache nach vorhandenen Gesetzen zu entscheiden, das Richteramt selbst in Händen behält, oder seine beauftragte Verwaltungsbehörde authorisirt, mit der Eigenschaft eines Klägers und resp. Beklagten auch die des Richters in eigener Sache zu verbinden. Es widerstrebt gewiß dem Naturgefühl für Gerechtigkeit, wenn z. B. die percipirenden Aemter, welche gewöhnlich selbst die Defraudationen, oft auch durch ihr Unterpersonal, entdecken, Ankläger und Richter zugleich seyn sollen; und sehr hart wäre es, wenn die Cassebeamten, z. B. bei der Brandversicherungsgesellschaft, über die Größe des aus der Casse zu leistenden Ersatzes, oder wenn das Straßenbauamt, oder diejenige Verwaltungsbehörde, welche mit der Vollziehung des angeordneten Straßenplanes beauftragt ist, über die Größe der für das zum Straßenbau hergenommene Grundstück zu machenden Vergütung, oder wenn die Finanzkammer über die von ihnen bemängelten Rechnungen, oder über Klagen der Staatsdiener wegen Verkürzung ihrer Gehalte, Pensionen ꝛc. richterlich erkennen, und wenn also der richterliche Entscheidung verlangende Betheiligte nicht einmal von den Verfügungen der Administrativstellen, wenn deren Oberbehörde nicht abhilft [2]), an den ordentlichen Richter recurriren dürften. Denn nicht nur, daß solche Richter, oder vielmehr Nichtrichter, die erforderliche staatsgrundgesetzliche Unabhängigkeit nicht haben, daß es den Einnahmsbeamten in der Regel an juridischer Bildung fehlt, und daß selbst die Räthe in den höheren Administrativ-Collegien gewöhnlich schon von dem Anfang ihrer Bildung an das Rechtsstudium (male quidem!) als das Allerletzte behandelt, und sich allenfalls zum Erwerb der äußersten Rechtsbegriffe bequemt, etwan die Institutionen des röm. Rechts so beiläufig ohne sie zu verstehen, mitgehört haben, dennoch aber die in ihrer Mitte vielleicht befindlichen Juristen übereinstimmen können ꝛc. — erfordert es ja schon der öffentliche Anstand, daß auch der Schein vermieden werde, als wolle man in eigener Sache entscheiden.

2) Man vereinige hiermit, was §. 5. wegen des Instanzen-Verhältnisses gesagt werden wird.

Uebrigens gebört es der Natur der Sache nach zur zweck-nothwendigen Ordnung, daß vorerst der Wille der Administrationsgewalt ausgesprochen und das Geschäft, welches die Quelle eines Rechtsstreits werden kann, von ihr bis dahin beendiget seyn muß, ehe der Betheiligte seine Zuflucht zu der Rechtspflege nehmen darf [3]). Was z. B. die Staatsrechnungen betrifft, so darf das Oberrechnungsamt über Bemängelung und wegen der Verantwortung einen Beschluß fassen, worauf dann der damit nicht zufriedene Beamte den Recurs an den ordentlichen Richter nehmen mag. Dies ist aber nichts außerordentliches [4]), was nur den Staatsrechnungen eigen wäre, sondern geschiehet auch oft unter Privatpersonen, bald förmlich, bald formlos. Auch ein Privatmann, z. B. ein Gutsherr, hat das Recht, die Rechnungen seines Beamten durch einen Rechnungsverständigen prüfen und die Mängel mit deren Resultat bemerken zu lassen, die Verantwortung seines Beamten zu veranstalten, und darüber selbst einen Beschluß zu fassen, der den Beamten zur Ueberzeugung, oder zum Rechtsstreit vor dem ordentlichen Richter, veranlassen kann. Jener Beschluß ist nur dem Rühmen eines Anspruches an den Rechner gleich. Vor dem angerufenen competenten Richter wird dann die administrative Behörde der Beklagte oder klagende Theil, die bemängelten, den Rechtsstreit veranlassenden, Bestandtheile der Rechnung sind von unpartheiischen Sachkundigen gerichtlich zu prüfen, und der Befund dieser Gehülfen des Richters, oder vielmehr ihr Ausspruch, wird für den Richter Beweisgrund [5]), aus welchem er für oder gegen die administrative Behörde entscheidet.

C.) Wenn die administrativ-streitigen Rechtssachen nach obigem wahren Begriff den Verwaltungs-Behörden übertragen werden, so ist auch insonderheit der alte Streit über die Gränze zwischen Justiz- und Polizei-Sachen nicht nur nicht geschlichtet, sondern er wird ebendadurch erst mehr erregt, und es treten alle die unseligen Folgen jenes alten Streites ein,

---

3) Auch hiermit verbinde man den Inhalt des §. 5.

4) Eine Rechnung ist weder eine Klage, noch eine Antwort auf eine Klage, sondern mit der Ablegung der Rechnung erfüllt nur der Geschäftsträger eine Verbindlichkeit. Der Geschäftsherr ist berechtigt, seine Bedenken zu äußern, und der Geschäftsführer muß ihm darüber Aufschluß ertheilen. Führt dieses außergerichtliche Benehmen nicht zum Ziele, so kann die Rechnung ganz oder zum Theil „Gegenstand eines Rechtsstreits“ werden. Vrgl. v. Gönner, Entwurf B. III. Cap. VII. §. 3.

5) Archiv B. 1. Abh. 3. S. 40. u. 41.

Digitized by Google

z. B. Conflicte der Gerichte und der Verwaltungs-Aemter, kostspielige Verzögerungen der Rechtssachen u. s. w. Es zeigt sich dieses vorzüglich in Cultur- und Bausachen, welches unten §. 7. mit einigen Rechtsfällen belegt werden soll, die sich unlängst im Königreich Baiern ereigneten. Voran wird jedoch auf einige dortzu behufige positive Gesetzvorschriften hinzudeuten, und damit noch manches Allgemeine [6]) zu verbinden seyn, was das obige §. 1. und 2. noch näher bestimmt und ergänzt. Aus dem Inhalt des nächstfolgenden §. 3. mag man ein Beispiel nehmen, wie schwierig es für eine Gesetzgebung ist, die administrativ-contentiösen Sachen ohne Verwirrung den ordentl. Gerichten zu entziehen.

§. 3.

Zu der Zeit, als die in Baiern noch geltenden (Kreitmaierischen) Gesetzbücher verfaßt wurden, machte man wohl einen Unterschied zwischen Justiz- und Polizeisachen; allein die letztern waren durch alle Instanzen den ordentlichen Gerichten zugetheilt. Daher nimmt die Gerichtsordnung [1]) auch Polizeisachen in ihren Kreis auf, und das Civilgesetzbuch [2]) handelt auch z. B. von dem Halten gefährlicher Thiere u. dgl. Daselbst heißt es: „Sofern an offenen Orten gefährlicherweise etwas aufgehängt wird, braucht es der bloßen Anzeige, damit die Obrigkeit hierinfalls ihr Amt vorkehre". Eben dort wird verordnet, „daß die Anzeige über einen neuen Bau bei ordentlicher Obrigkeit geschehen müsse". Nach §. 10., welcher die Rubrik führt: de damno infecto, darf ein Hauseigenthümer verlangen, daß der Nachbar sein baufälliges Haus reparire, und dabei wird gesagt: „wenn der obrigkeitliche Auftrag hierzu nicht befolgt wird, läßt die Obrigkeit den Bauschaden ex officio wenden". Und diese Verordnung hat auch in andern dergleichen besorglichen Schäden statt, dergestalt, „daß, wenn die Gefahr sehr groß und der Schade fast unvermeidlich ist, man dem Befunde nach alsogleich völlige Abstellung vorkehrt, z. E. da an des Nachbars Wand ein Privet, Backofen, oder eine Feuerstätte, so nahe angelegt wird, daß man dadurch in Feuersgefahr oder andere widerrechtliche Ungelegenheit kommt u. s. w." —

Ungefähr ein Jahrzehnd nach der Promulgation der Ge-

---

6) M. s. §. 5. nr. 3.

1) Cap. 3. §. 3. nr. 4. Cap. 10. §. 3. nr. 10. Cap. 15. §. 3. nr. 5.

2) P. IV. Cap. 16. §. 7. seq.

Digitized by Google

setzbücher schien eine Trennung der Justiz- und Polizeisachen nöthig, und man ließ es zwar in Ansehung der Unterämter bei dem Alten, doch wurde ein eigener Polizeirath errichtet [3]).

Weil aber über die Competenz in Polizeisachen mancherlei Competenz-Conflicte entstanden, ward am 11. Jänner 1768 [4]) verordnet: „daß in Zukunft wieder alle Polizeisachen, wo ein legitimus contradictor auftrete, den casibus juris perpetui et realis gleichgeachtet, und von den Justizdicasterien entschieden werden sollten". Und diese Verordnung wurde noch 1796 erneuert [5]).

Aber seit 1799 gieng man von diesen Anordnungen wieder ab. Es sollten in Zukunft die in Polizeisachen entstehenden Streitigkeiten zwischen den Handwerken, und sonst über einen das Publikum vorzüglich interessirenden Gegenstand, niemals mehr ad forum civile contentiosum gezogen werden [6]), und keine Justizstelle sollte in Polizeisachen Einsicht nehmen, sondern die Beschwerden an die Polizeistellen verweisen [7]).

Bei der Aufhebung des Bauamtes zu München wurde am 27. Mai 1803 bestimmt [8]): „daß dem neuerrichteten Stadtgerichte und den obern Justizstellen die Bausachen nur insofern zustehen sollten, insofern sie wahre Justizgegenstände beträfen".

Nach der am 9. März 1805. für München erlassenen und in der Folge auf alle Polizeidistrikte ausgedehnten Instruction für die Baucommission, welche immer mit dem Polizeiamte verbunden ist [9]), gehört die Anordnung und Abstellung neuer Bauten und der Hauptreparationen, die Aufsicht auf ruinose Gebäude und die Abtragung oder Reparatur derselben u. s. w., vor die Baucommission, welche jedoch, wenn die Nachbarn gegen einen Bau sich beschweren, dergleichen Beschwerden an das Civilgericht alsdann zu verweisen hat, wann dieselben sich auf Besitz, Servitut und Eigenthumsrecht stützen.

---

3) M. G. S. II. 775.

4) M. G. S. II. 810.

5) M. G. S. V. 345.

6) M. G. S. VI. 121.

7) Novellen zur G. O. I. 90

8) Nov. I. 289. Rg. Bl. 1803. S. 354.

9) Polizei-Instruction v. J. 1808. §. 69.

Digitized by Google

Ohne Vorwissen der Baucommission darf keine Veränderung mit Schwindgruben vorgenommen werden, und dieselbe hat zu prüfen, ob dem Eindringen fremden Wassers und fremder Schwindgruben vorgebeugt sey [10]). Mit Hülfe der Baucommission hat das Polizeiamt jeden Orts Sorge zu tragen, daß die Wasserleitungen und Brunnen in gutem Stande erhalten werden u. s. w. [11]).

Weise und gerecht wurde im Jahr 1818 verordnet: „daß die Civilgerichte Bausachen, welche wirklich zur gerichtlichen Verhandlung geeignet, doch nicht eher annehmen sollen, als bis die Vermittelung der Baucommission eingetreten und fruchtlos geblieben sey“ [12]). Gewiß verdient es Nachahmung, daß man in bestimmten Fällen der Polizei die Rolle eines Friedensrichters übertrage, von dessen Anordnung aus der Unzufriedene auf den Rechtsweg überschreiten möge.

§. 4.

Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen ist es unverkennbar, nicht nur, daß insonderheit die Baustreitigkeiten theils zu der Polizeistelle, theils zu dem Civilgerichte gehören, sondern auch, daß die nämliche Baustreitigkeit sowohl Justiz- als Polizeisache, mithin sowohl von der Justizstelle, als von dem Polizeiamte, (nach verschiedenen Rücksichten) entschieden werden könne [1]). Nur ist die Frage: an welchen Merkmalen man erkenne, welche Bausachen, oder inwieferne eine bestimmte Bausache, nur dem Polizeiamte, oder auch dem Civilgerichte, angehörig sey? nicht die leichteste [2]).

Mit der Bestimmung, daß die Bausache dann zum Civilgerichte gezogen werden müsse, wenn sich die Beschwerde (Klage) auf Besitz, Servitut, oder Eigenthum stützet, ist nicht auszulangen; wiewohl die Klage der Regel nach darauf gerichtet seyn wird, entweder, daß das Gebäude des Nachbars früher gar nicht, oder nicht so, wie es jetzt hergestellt werden solle,

---

10) Instr. der Baucommission §. 6. §. 11. lit. f. u. g.

11) Polizei-Inst. v. J. 1808. §. 70.

12) Verord. betr. „das Verhältniß zwischen der Polizei-Direction und dem Magistrat zu München“. v. 15ten Sept. 1818. §. 67. u. 68.

1) Martin in dem Lehrb. des teutsch. gem. bürgerl. Processes §. 19. daselbst Gönner.

2) Was hier von Bausachen speciell gesagt wird, läßt sich auf alle ähnliche Gegenstände resp. der Policei resp. der Justiz anwenden. Auch gehet die Abhandlung §. 5. in das Allgemeine wieder über.

Digitized by Google

vorhanden gewesen, dessen Errichtung also dem Besitzstand entgegen sey, oder daß dasselbe in den fundus des Klägers eingreife, oder dessen Gebäuden u. s. w. Schaden drohe, die Ausübung eines erworbenen Dienstrechts verhindere, oder erschwere u. d. gl.; so wie denn auch der Beklagte gewöhnlich auf die gesetzliche Freiheit seines Eigenthums, und das Recht freier Disposition auf solchen u. s. w., sich beziehet. Allein nicht immer bewegen sich die Baustreitigkeiten in dem Gebiete des Besitzzustandes, oder jener dinglichen Rechte, sondern auch mancherlei Verträge u. d. gl. können zur nächsten Entscheidungsquelle dienen; ja es kann seyn, daß Besitz, Eigenthum und Dienstrecht, für ausgeschlossen zu erachten ist. Es ist z. B. noch eine Frage: inwieferne es in Bausachen Servituten geben, und ob der Besitzer eines Hauses in einer Stadt den Grund, worauf das Haus steht, als sein wahres Eigenthum ansehen kann? Wird eine Stadt neu angelegt, oder nach Verheerungen wieder aufgebaut, so weiset die Obrigkeit die Baustellen an, und entwirft den allgemeinen Bauplan. Der Eigenthümer des Hauses ist also, wie manche wollen, nicht zugleich Eigenthümer seiner Baustelle [3]), und statt daß sonst der Eigenthümer des Grundes ober und unter dem letzteren thun kann, was ihm frommt, darf der Eigenthümer des Hauses die Stelle, worauf das Haus steht, und die Luftsäule über demselben, nur soweit benutzen, als es der allgemeine Bauplan, oder, wo noch keiner vorhanden ist, das Wohl der übrigen Einwohner zuläßt [4]).

Ferner werden gute Polizei-Gesetze [5]) in vielen Fällen gar keine Servituten zugeben können, z. B. keine Servitut

3) Schmalz teutsches Privatr. S. 92. Freilich sonderbar!

4) L. 11. pr. D. de serv. praed. urb. (8. 2.)

5) Der Schwaben- und Sachsen-Spiegel enthalten deshalb besondere Vorschriften. Die Worte des letzten sind: Ofen, Genge, das seynd Waßregerinn und Schweinställe, die sollen drey Füße von eines andern Mannes Zaun stehen. B. 2. Art. 51. Das röm. Civilrecht giebt die Negatorienklage im privatrechtlichen Gebiet. L. 17. § 2. Dig. si serv. vind. 8. 5. Die ältern Rechtslehrer verwechseln Justiz- und Policei-Sache. Es hatte Zoesius in den Pandecten Commentar lib. 8. T. 2. nr. 16. gesagt: „man könne gegen den Nachbar, der sein sterculinium an unsere Wand anlegt, actione negotoria auftreten, und der Nachbar müsse die Servitut beweisen"; dagegen spricht Oldendorp, de actione I. Class. 3. Art. 4. „talis servitus prorsus constitui non potest, *publica utilitate reclamante*", und Manz de serv. T. 2. qu. 58. nr. 177. setzt hinzu: „Quae meo judicio in *civitatibus praecipuis*, non tamen in parvis municipiis, pagis et villis, obtinent, ubi tales servitutes utique frequentes sunt".

Digitized by Google

darauf, daß der eine Hausbesitzer seinen Abtritt, seine Schwindgrube, seinen Schweinstall ꝛc. hart an des Nachbars Hauswand oder Brunnen so anlegen dürfe, daß hierdurch dieses Besitzthum Schaden leide; indem bei zusammengebauten Häusern (contiguis), abgesehen von ungesunden Schmuz und Gestank, der durch den Abtritt ꝛc. herbeigeführte Ruin eines Hauses immer auch die andern angränzenden Häuser gefährdet, und weil die Hauseigenthümer ihre durch Abtritte vergiftete oder unbrauchbar werdende Brunnen eingehen lassen, während doch auch die Privatbrunnen zum allgemeinen Dienste im Nothfalle, z. B. bei einem Brande, bestimmt sind u. s. w.

Auch wird

2) das unterscheidende Merkmal nicht darin gefunden werden können: „ob die gesetzlichen Bestimmungen des Baurechts u. d. gl. im Civil-Gesetzbuche, oder in besonderen Verordnungen, sich befinden".

Denn nicht das Blatt, auf welchem das Gesetz gedruckt oder geschrieben steht, auch nicht sein Name, kann bestimmen, ob es in das Privatrecht, oder wohin es gehöre, sondern der Gegenstand, von welchem es spricht, und die Richtung, unter welcher es die Rechtsverhältnisse jenes Gegenstandes bestimmt, muß entscheiden, zu welcher Classe das Gesetz zu zählen sey. Die Gesetze sind ein solches Ganze, daß jemehr man sie scheiden will, desto mehr ihr Zusammenhang und ihr Eingreifen in einander merklich und fühlbar wird.

§. 5.

Es ist endlich auch

3), um in das Allgemeine zurückzugehen, der gute Rath, oder das Prinzip, eine schlechte Hülfe in der Noth: „man müsse darauf sehen, ob eine causa publica im Mittel liege, oder nicht".

Abgesehen davon, daß der Ausdruck: „causa publica" äußerst vieldeutig ist, giebt es unendlich viel streitige Rechtssachen, welchen auch eine causa publica zum Grunde liegt, ohne daß es jemanden einfallen könnte, sie in das Gebiet der Administration zu verweisen. In allen Rechtssachen lebt und webt schon die causa publica, vermöge welcher alle Rechtsstreitigkeiten zwischen Unterthanen an ordentliche Gerichte verwiesen werden müssen, damit nicht der Staat selbst als Richter in eigener Sache gegen den unter dem Schutze des Gesetzes lebenden Unterthan sich constituire, auf diese Weise aber noch mehr, als eine, von den teutschen Regenten selbst verbannte, Cabinetsjustiz entstehe, d. h. eine Willkühr solcher Administrations-Beamten, welche schon der Natur der Sache nach

Digitized by Google

auf dem kalten unparteiischen Standpunkt eines Beamten der Rechtspflege nicht stehen und dorthin nie treten können.

Aber auch eine Menge Einzelnheiten des Civilgesetzbuches nehmen, mittelst einer Beschränkung natürlicher Privatrechte, Rücksicht auf das Gemeinwohl, z. B. die Gesetze wegen des Pflichttheils, über verbotene Schenkungen gegen Verschwender, so wie die Vorschriften des Hypothekenwesens, die Edictalladungen u. s. f. Wollte man daher consequent seyn, so müßte man, wo nicht alle, doch sehr viele streitige Rechtssachen, von denen jetzt Niemand zweifelt, daß sie zu den Civilgerichten gehören, in Baiern z. B. die Bausachen insgesammt [1]), ohne allen Unterschied an die Polizeiämter verweisen. Am Ende wäre die Civil- und Strafrechtspflege auf nichts reducirt. — Wir behielten nur Polizeiämter, Rentämter u. d. gl.; denn alles wäer causa publica. —

Und so kommt man endlich auf das Resultat: es ist vergeblich, eine lange Specification derjenigen Sachen anzuschlagen, welche resp. für die Administrations-Behörden und resp. vor das Gericht gehören sollten, sondern man muß, um eine allgemeine durchgreifende Regel zu haben, als sacra constitutio, als Staatsgrundgesetz, aufstellen:

> Keine Administrativ-Behörde kann entscheiden über streitige Privatrechte, mögen diese streitig seyn, a) zwischen mehreren Gesetzuntergebenen, oder b) zwischen ihr selbst und einem Unterthan, obgleich im Falle a) ein unmittelbares Staatsinteresse, eine causa publica, mit jenem streitigen Privatrecht sich verflechtet, und also die Staatsgewalt, des Zweckes des Staats wegen, sich befugt und pflichtig findet, das für das Beste des Staates Erforderliche, dessen Recht, jenem Privatrecht an die Seite, oder gegenüber zu stellen, auf daß auch das Recht des Staates unverletzt bleibe, realisirt, und in wahrer Collision vorgezogen werde.

Hat also eine Administrationsstelle Hand an eine Sache gelegt, die an sich und zunächst ihr Gegenstand ist, so muß sie die angelegte Hand sobald zurückziehen, oder ruhen lassen, als das Subject, welches bei der Sache betheiligt ist, darauf hinweiset, die Sache sey, oder werde von jetzt an, eine Rechtssache", und sobald jenes Subject auf rechtliches Gehör anträgt.

Daß die Administrativ-Behörde jetzt über ihre Competenz reflectire, und also urtheilend prüfe: „ob die Sache, jenes Widerspruchs ungeachtet, nicht eine reine Administrationssache sey"? ist ihr sowenig abzusprechen, als dem Richter die Be-

1) Novellen zur Gerichtsordnung I. S. 93.

fugniß, über die Competenz seines Gerichts — seines öffentlichen Amtes — eine Erkenntniß zu fällen.

Auch führt es zu weit, jener Verwaltungs-Behörde die Befugniß zu solchen provisorischen Verfügungen abzuschneiden, ohne welche ein gerechtes Staatsinteresse, oder das Gemeinwohl, unterdessen, bis jener Zweifel gehoben sey, in Gefahr schweben würde. Und wenn sie sich nun für competent erklärt, weil die Sache keine Rechtssache, sondern ein reiner Administrations-Gegenstand sey, so hat der Betheiligte kein Recht, sie, jene Administrations-Behörde, als solche, (von einer analogen Syndicats-Klage oder actio in factum gegen die Person des Administrationsbeamten abgesehen,) sofort bei den Civilgerichten zu belangen, oder an diese zu appelliren; sondern auch hier ist eine Instanzen-Stufen-Folge zu beobachten.

Von der Staatsgewalt oder Regierungsgewalt im allgemeinsten Sinne gehen einzelne Gewaltstrahlen aus, z. B. die Gewalt der Rechtspflege, Polizeigewalt, Finanzgewalt u. s. w., welche letztern man wohl der Justiz- oder Rechtspflege-Gewalt gegenüber stellt, und Regierungs- oder Administrativ-Gewalt in specie benennt. Jede dieser Gewalten hat immer ihr eigenes Gebiet, ihre Gegenstände, und in diesem Gebiet ist sie unabhängig von dem andern Strahl oder Zweig der Regierungsgewalt im allgemeinsten Sinne; m. a. W. diese Unter-Neben-Gewalten sind sich coordinirt, nicht subordinirt. Man kann also die Polizei, oder die Finanzbehörde, als Gewalt, sowenig bei der Justiz verklagen, als die Polizeigewalt die Rechtspflege beherrscht. Staatsgesetze müssen erst bestimmen, wann, wie und wieweit, die eine der neben einander bestehenden Untergewalten auf die andere einwirken darf [2]).

Wenn also ein Unterthan bei dem Beschluß einer Administrativ-Behörde sich nicht beruhigen, insonderheit auf gerichtliches Gehör dringen will, so muß der Beschwerte mit seiner Beschwerde vorerst an die Administrations-Oberbehörde, wohl an den Regenten selbst, oder an das Consistorium Principis sich wenden, welches, mit dem Regenten an der Spitze, alle Gewaltstrahlen dirigirt. Hier hört (laßt uns dieses Vertrauen haben!) die Vorliebe für einen Zweig der Regierungsgewalt im allgemeinsten Sinne auf; hier kann, muß

2) Fehlen solche Gesetze, so können zwischen den Behörden verschiedener Untergewalten eben solche Conflicte entstehen, wie zwischen coordinirten Gerichten, z. B. Protestationen, Beschwerden bei der gemeinschaftlichen Obergewalt u. d. gl.

Digitized by Google

und wird, nach einer ernsten und weisen Prüfung ausgesprochen werden: ob die Sache vor die Civilgerichte zu verweisen, oder ein reiner Gegenstand reiner Administration sey*).

Allein es giebt auch eine nicht dorthin gehörige Seite, von welcher aus der Staat selbst, oder der Inhaber der Regierungsgewalten, mit einem solchen Rechtskreis umgeben ist, welcher die nämlichen Verhältnisse darbietet, wie der Privatrechtskreis eines Untergebenen der Regierungsgewalt. Man sehe hin auf die Administration der Domainen **), auf Erhebung der Zehnden, Zinsen, und anderer ähnlicher Einkünfte des landesherrlichen Fiscus. Wann solche Rechte mit den Privatrechts-Verhältnissen eines Unterthans in Collision und Widerstreit gerathen, so kann man die Sache, genau betrachtet, eine Regierungs-Administrations-Sache gar nicht nennen, sondern die Gerechtigkeit verpflichtet den Inhaber der Staatsregierung, daß er in jenem Gebiete sich selbst der eigenen rechtsgesetzgebenden Gewalt untergebe, und die Sache als Gegenstand der angeordneten Gerichte anerkenne. Und so finden wir es auch wohl überall in Teutschland. Der Fiscus, die Finanzkammer, oder wie die Verwaltungsbehörde heißen mag, wird in Klage genommen, sey es auch vor einem dazu bestimmten privilegirten Gerichtsstand. Eben so ist dieses der Fall in Hinsicht auf eigentliche Privatrechts-Verhältnisse des Regenten, z. B. wegen dessen Chatoulle-Gütern, Privatverträgen u. d. gl. Auch kann eine Regierungs-Administrations-Behörde Privatverträge schließen, z. B. wegen Getraide-Lieferungen u. s. w., und untergiebt sich dann durch diese Handlung selbst, durch das Rechtsgeschäft, dem Gericht — jene Behörde wird Subject des Civilprocesses vor dem Civilrichter.

§. 6.

Man wird also immer darauf zurückkommen: eine administrirende Behörde soll keine entscheidende, keine Gerichtsbehörde seyn. Denn sobald a) eine solche streitige Rechtssache vorliegt, in welcher zwei Unterthanen als Parteien einander gegenüber treten, so kommen auch, wie die Gerechtigkeit es unnachläßig fordert, die Civilgesetze zur Anwendung; und hiebei ist eine Administration, als solche, gar nicht fähig, die auf das streitige Rechtsverhältniß anwendbaren Gesetze aufzufinden und den Willen des Gesetzes auszusprechen. Die administrative Stelle mit Richtern zu besetzen, ist eine unnöthige

*) Verantwortlichkeit der Minister.

**) Wohl auch Kammergüter genannt.

kostspielige und deshalb mit der causa publica nicht vereinbare Verdoppelung der Rechtspflege-Aemter. Tritt aber b) die Administrationsbehörde selbst und allein mit einem Unterthan in einen Rechtskampf, so ist es noch mehr ungerecht und läuft noch stärker gegen die causa publica, daß sie Richter in eigener Sache sey.

Man scheide also die Sachen, bei welchen keines jener Partei-Verhältnisse eintritt, und befreie von diesen die Gerichte gänzlich und für immer; jede Sache aber, bei welcher ein streitiges Rechtsverhältniß eintritt, sey es das unter a. oder b., gleich anfänglich oder nachfolgend, überlasse man den ordentlichen Gerichten, wo dann die interessirte administrative Behörde, nach vorgängigem Versuch, die Parteien unter einander und sich selbst mit jenen und mit ihrem alleinigen Gegner zu vereinbaren, resp. gleichsam als Intervenient, resp. als pars litigans mit einer Hauptrolle, erscheinen und das Staatsinteresse wahren kann. Das hieße die wahre und heilsame Trennung der Justizpflege von der Administration! Wäre es weisen erfahrnen Männern wohl unmöglich, jene Trennung in bestimmten Gesetzen auszusprechen und vorzuzeichnen? O dann laßt uns lieber eher als später verzweifeln an der Möglichkeit, die Justiz und die Administration auf einen reinen Standpunkt zu erheben! —

Wenn selbst das Recht dem in Gefahr schwebenden Staatswohl geopfert werden müßte, mit möglicher oder nicht möglicher Entschädigung des vom Genuß des Gesetzes und seines erworbenen Rechtes verdrängten Subjects, §. 1. a. E., so kann keine Administrationsstelle, sondern nur die höchste Machtvollkommenheit des Regenten, jene harte Nothwendigkeit aussprechen und realisiren. Dieses Nothrecht der Machtsprüche ist untrennbar von der höchsten Regierungsgewalt — ist nie Gegenstand einer verwaltenden Stelle. Doch gehört hierzu nicht der Fall, wann die dem Unterthan publicirten, verfassungsmäßig ertheilten, Gesetze diejenigen Verhältnisse zum Voraus bestimmen, in welchen der Staatsbürger und Gesetzuntergebene pflichtig seyn solle, ein erworbenes Recht dem Staat abzutreten, oder, eines Bedarfes des Staates wegen, auf jenes jus quaesitum zu verzichten *). Weigert sich hier der Unterthan, weil die Bedingungen des Gesetzes nicht vorhanden seyen, so wird die Sache administrativ-

*) z. B. L. 14. §. 1. Dig. quemad. serv. amitt. 8. 6. Verlangt ein Unterthan vom Unterthan das Opfer eines erworbenen Rechts, so ist dieser ein reiner Gegenstand der Civilgerichte z. B. §. 4. Inst. de donat. 2. 7. L. 12. pr. Dig. de relig. 11. 7.

Digitized by Google

contentiös, und gehört alsdann zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte.

§. 7.

Einige Rechtsfälle sollen zum Beweis dienen, daß eine andere Sonderung als die, welche §. 6. angedeutet wurde, in Labirinthe führt, und sowohl die Justizpflege als die Administration sehr nachtheilig behelligt.

A.

In der Hauptstadt ereignete sich, daß in einem Privatbrunnen, der im Hofraum nahe an der Scheidewand angebracht ist, das Wasser immer bräuner und übelriechender wurde. Der Eigenthümer ließe den Brunnen öffnen, die Teichen herausnehmen, und es fand sich, daß durch die Brunnenmauer, auf der Seite gegen die Scheidewand, an mehreren Stellen eine Materie durchfloß, und sich in dunkeln Streifen in den tiefen Brunnen ergoß. Es bliebe daher kein Zweifel darüber zurück, daß im benachbarten Hause an der Scheidewand ein Privet mit Schwindgrube angebracht seyn müsse. So befande es sich auch wirklich. Der Eigenthümer des beschädigten Brunnen stellte, hinsehend auf die Landesgesetze §. 3., bei dem Polizeiamte Klage an, und verlangte, „daß ein Augenschein vorgenommen, und nach Befund und Urtheil der Werkverständigen eingeschritten werde". Er erhielt folgenden Bescheid:

„Da die Polizeistelle über Untersuchung und Entscheidung der Beschwerden wegen Beschädigung und Unbrauchbarmachung eines Brunnen, als einer privatrechtlichen Streitsache, nicht competenter Richter ist, und hier auch keine causa publica im Mittel liegt, so wird Kläger mit dieser Sache von hier an das Civilgericht abgewiesen".

Der Kläger besorgte, daß das Civilgericht diese Sache nach den bestehenden Gesetzen nicht annehmen werde. Er wendete sich deswegen, und weil er freilich auch eine langsame Thätigkeit des Civilgerichts befürchtete, an die Oberpolizeistelle, vor welcher er den Umstand, daß hier causa publica obwalte, daraus zu deduciren suchte, weil es zunächst einem Grundsatze der Gesetzgebung gelte, dieser Grundsatz aber im vorliegenden Fall die Frage betreffe: „ob nicht die Polizei im allgemeinen für Brunnen zu sorgen habe, und ob nicht die Existenz und der gute oder schlechte Zustand der Privatbrunnen das Publikum vorzüglich interessire? indem die öffentlichen Brunnen nicht für alles ausreichten, und daher auch die Privatbrunnen zum Besten des Gemeinwohls zu unterhalten wären, u. d. gl.". Es erfolgte aber der Beschluß:

„daß die Verweisung der Klage an das Civilgericht lediglich zu bestätigen sey".

Digitized by Google

Nunmehr stellte der Kläger sein Gesuch an das Civilgericht, und aus Besorgniß, von Pilatus an Pontius zurückgeschickt zu werden, sahe er sich genöthiget, die Competenz des Civilrichters zu deduciren. Der Kläger stützte sich darauf: „daß das Civilgericht von den Polizeiämtern selbst als competent bezeichnet worden wäre, mithin jenes keinen Competenz-Conflict mehr zu befürchten habe, er, Kläger, auch nicht recht- und hülflos gelassen werden könne". Zum Glücke nahm das Civilgericht die Klage an, und zwar als eine actio de damno infecto, weil das Civilgesetzbuch die Verordnung, „Niemand solle an des Nachbars Wand ein Privet anlegen dürfen," unter der Rubrik de damno infecto enthalte.

Es soll dieser, von der Polizeibehörde gewiß vorsichtig und gerecht behandelte, Rechtsfall nur soviel beweisen, daß die Gesetzgebung, indem sie den ordentlichen Richter der administrativ-contentiosen Sachen entheben will, sich und die Officialen selbst verwirrt diese nöthiget, schwankende Gründe der Competenz aus den Gesetzen zu erpressen, noch mehr aber Veranlassung giebt, daß der Unterthan die Gränzen der verschiedenen Competenzen gar nicht mehr zu finden vermag, und daher hie und dort erst anklopfen muß, ob man ihm wohl Gehör geben wolle. Ja leicht möglich ist es, daß die verschiedenen Behörden in einen, vielfach nachtheiligen, selbst öffentlich ärgerlichen, Streit über ihre Competenz unter sich selbst gerathen, und daß der Unterthan entweder abwarten muß, wie man sich dort oben verständigen werde, oder gar in Gefahr tritt, daß die eine Stelle das vernichte, oder unwirksam mache, was die andere verfügt oder ausgesprochen hat.

Dieses mag

B.

ein zweiter Rechtfall belegen; es mag durch solchen sich versinnlichen, daß, wenn Civil- und sogenannte Administrativ-Justiz getrennt sind, die beiderseitigen Richter bei dem besten Willen und warmen Gefühl für Gerechtigkeit, in Gefahr stehen, die Gränzen ihrer eigenen Befugnisse und der Oberinstanzen zu verlernen, und so, gegen eigenen Willen, alles unter und über sich zu kehren.

Mehrere Jahre hindurch war bei den Civilgerichten ein Streit über den Genuß von Quellen anhängig, welche in den Gründen des A*. entspringen, die jedoch B*. deßwegen anspricht, weil sie ihm zur Wässerung seiner Wiese nothwendig, dem A*. aber entbehrlich seyen. Nach einem Augenschein und nach Zeugenverhören wiese das Gericht den B*.

mit seinem Anspruche ab *). Dieser B*. appellirte, und das Gericht zweiter Instanz erließe (vor der Entscheidung in der Sache selbst) folgendes Decret:

„daß, weil zwar jedem Gute ein bedeutender, dem Gute Gute des B*. aber noch ein größerer Schade zugehe, wenn die Quellen einem Theile ausschließend zuerkannt würden, noch ein Vergleich versucht werden sollte, wozu die Theile durch die Vorstellung bewogen werden mögten, daß bei dem beiderseits hergestellten Bedürfnisse der Quellen selbst in dem Falle, wenn diese sämmtlich in foro justitiae einem Theile zuerkannt werden müßten, von Polizeiwegen eine Theilung des Wassers bevorstehe".

Gewiß sonderbar! Aengstlich besorgt das wohlwollende Civil-Obergericht, der Polizeistab möge die res judicata zertrümmern! Nun, wenn ein Privatinteresse obiger Art auch noch von den Civilgerichten den causis publicis beigezählt werden müßte, so wäre keine Gerechtsame mehr sicher gegen die Allmacht der Administrativ-Gerichte! Der Hutberechtigte z. B. incommodirt den Feldbau in einer Gemeindeflur; gleich nennt man das Gemeindewohl; oder vielmehr man nennt den gleichmäßigen Privatvortheil einer Anzahl einzelner Privatsubjecte sogar ein Gemeinwohl, eine causa publica, und wirft die ganze Schäferei von Staatsadministrations- oder Polizeidirections wegen flugs über Bord u. d. gl. Das führt mit den besten Absichten zu einer gutmüthigen Despotie, die aber, sammt dieser menschlichen Qualität, den ersten und höchsten Staatszweck untergräbt — Sicherheit des Eigenthums, und aller unter dem Schutze der Gesetze erworbenen Rechte. Sie wird vermieden, läßt man den ordentlichen Gerichten, was des Richters ist, und führt man die Administrations-Officialen durch Rechtskenntnisse und bündige Dienstinstructionen zu einem lebendigen Ergreifen des Begriffs des Gemeinwohls und zur klaren Kenntniß der Gränzen zwischen Recht und idealer Willkühr, welche in zehn verschiedenen, noch so gerechtwilligen, Subjecten oft zehn verschiedene Resultate hervorbringt, und den öffentlichen Instituten der Regierung das Zutrauen entziehen kann.

*) Theils, weil jene Nothwendigkeit und Entbehrlichkeit nicht erwiesen war, theils wohl in Hinsicht auf das Civilgesetz, welches dem Grundbesitzer erlaubt, das auf seinem Eigenthum entspringende Wasser so lange willkührlich zu verwenden, als nicht eine von einem Nachbar ꝛc. erworbene Servitut in jener Benutzung ihn beschränkt. Archiv für die civil. Praxis Bd. 3. Heft. 1. nr. V. pag. 63 ff.

XXIV.

Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auctors.

Von Mittermaier.

§. 1.

Nach der Natur der dinglichen Klagen, welche der Kläger gegen jeden anstellt, bei welchem er die von ihm verfolgte Sache antrifft, kann es sehr wohl geschehen, daß auch eine Person, welche eine Sache gar nicht in eigenem, sondern in eines Anderen Namen besitzt, mit einer Klage belästigt wird, weil der Besitz der Sache den Kläger verleitete, diese Person für den rechten Beklagten zu halten. In solchen Fällen muß es dem ohne Grund mit einem Processe Bedrohten möglich gemacht werden, auf die kürzeste Weise, ohne Einlassung in den Streit, von dem Processe sich loszumachen, ohne daß dadurch der Kläger, der rechtlich an den Besitzer sich halten darf, beeinträchtigt wird, indem sich der Eine, den sein factisches Verhältniß des Besitzes als Beklagten darstellt, dem Streite entzieht, und der Andere dem Kläger noch unbekannt ist. Als ein solches Befreiungsmittel kennt das gemeine Recht die vom Beklagten vorzuschützende sogenannte Exception der Benennung des Auctors, deren Natur und rechtliche Wirkungen vorzüglich von Lauterbach [1]), in neuerer Zeit von Gönner [2]), und von einigen mit der Abhandlung der Lehre vom Eigenthum beschäftigten Schriftstellern, z. B. Glück [3]), Gesterding [4]), erörtert

1) Lauterbach de nominatione auctoris. in dissertat. academic. vol. IV. diss. 106. Richters (Jen. 1665.) und einiger Anderer sonst angeführte Dissertationen enthalten durchaus nichts bedeutendes.

2) Gönner Handbuch des Processes I. Bd. nr. XVI.

3) Glück's Pandecten-Commentar VIII. Thl. S. 196.

4) Gesterding Lehre vom Eigenthume. S. 315.

Digitized by Google

worden ist. — Vergleicht man aber das, was die Schule den Autoritäten der Bearbeiter dieser Lehre folgend lehrt, und was die Praxis übt, so zeigt sich bald, daß man theils das Institut auf eine den Gesetzen unbekannte und selbst störende Weise ausgedehnt, theils Behauptungen aufgestellt hat, deren gesetzlicher Grund entweder weggefallen ist, oder welche mit den Grundsätzen unseres heutigen Processes im Widerspruche stehen. Von den älteren Particularrechtsbüchern haben besonders das sächsische [5]) und das baierische [6]) Recht eigenthümliche Bestimmungen; fruchtbarer an neuen Vorschriften sind neuere Proceßgesetzbüchern, vorzüglich das preußische [7]) u. österreichische [8]) Gesetzbuch, so wie die neue Gerichtsordnung für Bremen [9]), und die Proceßentwürfe von Globig [10]), Gönner [11]), Engelhard [12]), Schnell [13]). Beiträge, und eine Prüfung der verschiedenen in der Praxis angenommenen, und in die Gesetzgebungen übergegangenen, Behauptungen dürften nicht ohne Werth seyn, wenn sie auch nur die Folge haben, daß die Lehre wieder einer genauern Prüfung unterworfen wird.

§. 2.

Betrachtet man zuerst das Verhältniß des Klägers und Beklagten im Allgemeinen, so gehört es zur unbestrittenen Pflicht des Klägers, seine Klage gegen den wahren Beklagten anzustellen, und im Falle, wenn Streit darüber da ist, ob der gewählte Beklagte der rechte sey, die Gewißheit zu liefern, daß derjenige, gegen welchen die Klage gerichtet wurde, auch das-

---

5) Biener Syst. processus judic. saxonic. p. 301.

6) Cod. judic. Bavaric. cap. VIII. §. 3.

7) Preußische Gerichtsordnung tit. XVII. §. 34.

8) Oestreichische Gerichtsordnung Cap. IV. Im Zusammenhang damit steht auch die Vorschrift des neuen österreichischen Civilgesetzbuchs §. 375.

9) Gerichtsordnung der freien Hanseſtadt Bremen (1814.) Tit. XXI. §. 263.

10) System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren von H. E. v. G. (Leipzig 1809.) S. 349.

11) Gönner's Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren I. Buch cap. III. §. 5.

12) Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerl. Rechtsstreitigk. (Rudolstadt 1817.) Satz 255 — 7.

13) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen. Bern 1819. Satz 24.

Digitized by Google

jenige Subject sey, welches die Gesetze zu der processualischen Antwort auf die erhobene Klage verpflichten, d. h. der Kläger hat die Pflicht, die Bedingungen der passiven Legitimation zur Sache des Beklagten in der Klage anzugeben [14]). Besonders wird dies dann nothwendig, wenn das vom Kläger verfolgte Recht ein besonderes Rechtsverhältniß des Beklagten zu einer Sache voraussetzt, ohne dessen Daseyn der Anspruch des Klägers wider den gewählten Beklagten nicht Statt findet [15]). Dies ist z. B. der Fall, wenn der Beklagte einwendet, daß die Sache, wegen welcher er belangt wird, nicht in seinem Civilbesitze sich befinde, daß er nur Pächter oder Comodatar u. dgl. sey. Betrachtet man darnach die sogenannte exceptio nominationis auctoris, so erscheint sie bald als eine große Anomalie, und steht im Widerspruche mit den allgemeinen Proceßgrundsätzen. Nach den Letzteren brauchte der Beklagte, welcher wegen einer Sache belangt wird, die nicht in seinem Civilbesitze steht, nichts weiter zu sagen, als daß ihn die Klage nichts angehe, daß er nicht der rechte Beklagte sey, und der Kläger hätte die Pflicht, die Bedingungen, unter welchen seine Klage gerechtfertigt wird, nachzuweisen, der Beklagte aber kann nicht verpflichtet seyn, den Kläger auch noch anzuweisen, wie er sich benehmen und gegen wen er klagen müsse. Selbst Gönner [16]) gesteht, daß der Beklagte hiezu keine Verbindlichkeit habe, da es eigentlich Sache des Klägers sey, den wahren Beklagten aufzusuchen. — Nach den mit der nominatio auctoris in Verbindung stehenden Vorschriften muß aber der Beklagte mehr thun; er muß den wahren Beklagten, d. h. denjenigen nennen, in dessen Namen er besitzt; dadurch erhält auch die Benennung des Auctors, wie sie in unseren Gesetzen vorkömmt, eine zweifache Natur, so wie sie auch aus zwei Abtheilungen besteht. Nämlich a) der Beklagte erklärt durch sie: ich bin nicht der rechte Beklagte, und nennt b) denjenigen, an welchen sich Kläger wenden soll. Siehet man nun 1) auf a) zurück, so ist jenes Vorbringen an sich nur eine sogenannte exceptio deficientis legitimationis ad causam; und so wie diese keine wahre exceptio ist, da dadurch blos eine zum Klagerechte des Klägers wesentlich gehörige Qualität geläugnet wird, eben so wenig ist es die exceptio nomin. auctor.; daher auch die Gesetzgebung keine eigenthümliche Vorschriften zu geben brauchte,

14) Gensler Handbuch zu Martin's Lehrbuch S. 121.

15) Gensler a. a. O. S. 126.

16) Gönner im Handbuche a. a. O. S. 351.

indem der Beklagte, wenn er in den Fall käme, durch das bloße Läugnen der legitim. ad caus. sich schützen könne. In Betracht 2) des Verhältnisses unter b) legt man dem Beklagten einen positiven, an sich widerrechtlichen, Zwang auf, und ist daher weniger, als man es gewöhnlich darzustellen sucht, eine Wohlthat für den Beklagten, besonders wenn man die nominatio als eine wirkliche exceptio betrachtete.

§. 3.

Die im gemeinen Rechte geltenden Vorschriften über die nominatio auctoris haben bekanntlich ihren Entstehungsgrund im römischen Rechte, aus welchem sie in das canonische Recht übergegangen sind [17]). Als die Grundlage für die ganze Lehre wird zwar die Verordnung Constantins angesehen [18]), wobei gestritten wird, ob schon im älteren römischen Processe das Institut bekannt war. Wohl möchte der Streit [19]) darüber Wortstreit genannt werden, und es ist kein Zweifel, daß das frühere Recht ein ähnliches, wenigstens zu dem nämlichen Zwecke führendes, Verhältniß kannte. Wenn zwar unter den älteren römischen Juristen (Ulpian nennt Pegasus) die Meinung ihre Anhänger gehabt zu haben scheint, daß gegen den Detentor eine dingliche Klage nicht gerichtet werden könne [20]), so ist doch eben so gewiß, daß andere Juristen, vorzüglich Ulpian [21]), die richtige Meinung vertheidigten, nach welcher auch der Detentor schon nach seiner Lage und seinem factischen Verhältnisse zur Sache mit einer dinglichen Klage wegen der Sache belangt werden kann. Wenn zwar der Detentor, welcher mit einer solchen Klage belangt wurde, nur berechtigt war, zu sagen, „daß er die Sache nicht besitze [22])", so gab doch der römische Proceß mit seiner mündlichen Verhandlung und den üblichen interrogationibus in jure dem Kläger ein leichtes Mittel, den rechten Beklagten zu erfahren. Der Kläger war befugt, die Frage, welche zur Ausmittelung des Präjudicialpunktes nöthig war, um die Klage gegen den rechten Beklagten zu richten, an den Detentor, bei welchem er die Sache antraf, zu stellen, und so wie er den Beklagten fragen

17) C. 5. X. ut lite non contestata.

18) L. 2. Cod. ubi in rem actio.

19) S. Literatur bei Glück Comment. VIII. Thl. S. 196.

20) L. 9. D. de rei vind.

21) L. 9. fin. D. de R. V.

22) L. 80. D. de rei vind.

konnte [23]): „zu welchem Antheile er den fundus besitze“, eben so gut war er auch befugt, die Frage zu stellen: „ob der Beklagte in eigenem Namen besitze, und in welchem Namen er den Besitz ausube [24])“. Die Antwort darauf verpflichtete den Beklagten, und machte es dem Kläger möglich, darnach seine Klage einzurichten. Nimmt man dazu die in Verbindung stehenden Grundsätze des römischen Rechts über denjenigen, qui liti se obtulit, so ist nicht zu bezweifeln, daß Constantin durch seine Verordnung kein neues Recht gegeben, sondern nur das schon bisher übliche, mit den interrogationes aber zusammenhängende, erst von einer bestimmten Frage des Klägers abhängige, Verfahren bestimmter und dem neuen Verfahren anpassender vorgeschrieben hat, was wohl um so mehr nothig war, als seit der Zeit, da der Gebrauch der interrogationes außer Uebung kam, dem Kläger die Richtung der Klage gegen den wahren Beklagten erschwert, dem Beklagten Detentor aber eine ausbeugende allgemeine Antwort, daß er nicht in eigenem Namen besitze, um so leichter möglich wurde. Constantins Verordnung verpflichtete jetzt den Beklagten zu einer bestimmten Antwort und statt der kurzen Einrede der mangelnden Passivlegitimation mußte, damit dem Kläger seine Proceßführung erleichtert und chicaneuses Läugnen des Beklagten abgeschnitten wurde, auch der Name desjenigen, in dessen Namen der Detentor besaß, angegeben werden. Dabei ist nicht zu verkennen, daß diese vorgeschriebene Nomination mit dem römischen mündlichen Verfahren, mit ihrer Ansicht von Litiscontestation, und den angenommenen Folgen der freiwilligen Einlassung in den Streit, in Verbindung stand. — Es soll hier nicht untersucht werden, ob legislativ diese Forderung an den Beklagten gerechtfertigt werden könne; die Beiträge beschränken sich, mit besonderer Rücksicht auf die durch das heutige schriftliche Verfahren, die veränderte Ansicht von Litiscontestation und die teutschrechtlichen Vorschriften über Anordnung der Vertheidigungsmittel entstehenden Veränderungen, nur auf Erörterung mehrerer in Ansehung der Zulässigkeit und des Verfahrens bestrittener Fragen.

---

23) L. 20. D. de interrog. in jure.

24) L. 36. D. de rei vind.

*) Nicht unbemerkt aber kann es bleiben, daß die Nomination in Ansehung der Immobilien eine veränderte Gestalt erhalte, wenn in einem Lande Grund- und Hypothekenbücher eingeführt sind. Da bei jedem Gute der wahre Besitzer und Eigenthümer in dem Buche eingetragen ist, so ist es für den Kläger leicht, den wahren Beklagten zu erfahren, und es ist zu bezweifeln, ob die

§. 4.

Die gemeinrechtlichen Stellen sprechen unbezweifelt nur von demjenigen, welcher als Besitzer einer fremden Sache belangt wird, wobei die Rechtslehrer, weil sich kein Grund der Verschiedenheit einsehen lasse, kein Bedenken getragen haben, die Nomination eben so bei dem Besitzer beweglicher, wie unbeweglicher Sachen anzunehmen [25]), und einige neuere Gesetzbücher haben ausdrücklich ausgesprochen, daß kein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen Statt finde [26]). Unnöthig scheint auch die Erörterung der Frage: „ob die Nomination auch dem Pfandgläubiger, Nießbräucher, Emphytenta u. dgl., zustehe", was von älteren Juristen geläugnet worden ist [27]), da es vielmehr nur auf den Unterschied ankömmt, ob diese Personen in Ansehung ihres dinglichen Rechts, welches sie selbst besitzen, z. B. wegen Nießbrauchs, oder in Rücksicht des Eigenthums belangt werden. Daß ihnen im zweiten Falle die Nomination, dagegen nicht im ersten zustehe, ist unbezweifelt [28]). Am bestrittensten aber ist die Frage: „ob auch derjenige, welcher eine Handlung als Stellvertreter eines Anderen vorgenommen hat, und wegen dieser Handlung im eigenen Namen belangt wird, sich durch die Nennung des eigentlichen Beklagten von dem Rechtsstreite befreien könne". Schon ältere Rechtslehrer warfen die Frage auf, beantworteten sie aber gewöhnlich verneinend, während Andere unterschieden [29]), ob der Beklagte auf Rath, Antreiben eines Anderen handelte, oder als Mandatar oder Untergebener eines Andern bei der Handlung erschien, in welchem letzten Falle sie die Nomination zuließen. Am kräftigsten hat in neuerer Zeit Gönner [30]) die

---

Nomination dann eine Begünstigung verdiene, ob nicht vielmehr es bei der Regel bleiben muß, nach welcher es dem Kläger, der hiezu ein leichtes Mittel hat, obliegt, sich den Verlagten zu suchen. Auch entscheidet hier die Rücksicht für den Gesetzgeber, daß nur derjenige als Besitzer betrachtet werden könne, der als solcher im Grundbuche eingetragen ist.

25) Faber rational. ad L. 9. D. de rei vind. not. 1. Meyer Colleg. argentorat. tit. de judic. §. 154. nr. 5. Lauterbach diss. cit. §. 14. Glück Comment. S. 199.

26) z. B. preuß. GerichtsO. Tit. XVII. §. 34.

27) S. Backov ad Treutler vol. I. disp. 15. thes. 4.

28) Lauterbach diss. cit. §. 8.

29) Biener proc. Saxon. p. 302.

30) Gönner Handbuch S. 342.

Digitized by Google

Ausdehnung auf persönliche Klagen gegen den fremden Stellvertreter vertheidigt, und in dieser Ausdehnung ist die Lehre selbst in neuere Gesetzbücher und Gesetzentwürfe, z. B. die Bremische Gerichtsordnung [31]) und in die Gesetzentwürfe von Gönner [32]) Engelhard [33]) und Schnell [34]), übergegangen. Gönner findet, daß der Grund, aus welchem die Römer die Nomination bei dinglichen Klagen einführten, eben sowohl auch auf denjenigen passe, der bei einer Handlung nur in fremdem Namen erscheine; er findet Identität des Rechtsgrundes, des Zweckes und der Mittel, und führt mehrere Beispiele an, in welchen die Nomination mit Glück gebraucht wurde, z. B. wo Jemand, der als Vormund mit einem Anderen einen Vertrag schloß, und nach geendigter Vormundschaft aus dem Vertrage belangt wurde, oder wo Jemand für eine Administration, welche sein Vater führte, Gelder einnahm, und deswegen belangt wurde. In den Gesetzentwürfen wird gewöhnlich nur ausgesprochen, daß der Beklagte sich durch Nomination losmachen könne, während in der Bremischen Gerichtsordnung der Beklagte hiezu als schuldig erklärt wird. Betrachtet man nun die Nomination, so muß man sich zuerst darüber verständigen, was man eigentlich durch Behauptung der Ausdehnung der Nomination auf persönliche Handlungen aussprechen will. Die Nomination angewendet auf denjenigen, der irriger Weise mit einer persönlichen Klage aus Handlungen belangt wurde, die er für einen Dritten vornahm, enthält einen zweifachen Ausspruch: 1) die Erklärung des Beklagten, daß er nicht der rechte Beklagte sey, daß er nicht in eigenem Namen bei dem Geschäfte gehandelt habe; 2) die Angabe des Namens desjenigen, in dessen Namen er handelte. Der erste Theil der Erklärung unterliegt keiner Schwierigkeit, und enthält ein bloßes Läugnen eines Theils des Klagegrundes, nur der zweite wird wichtig, weil dadurch dem Beklagten etwas aufgelegt wird, wozu er sonst nicht verpflichtet ist. In Ansehung dieser zweiten Erklärung lassen sich aber wieder zwei Fragen trennen: 1) kann der Beklagte wegen persönlichen Klagen sich der Nomination bedienen? 2) Muß er es auf die nämliche Weise, wie die Gesetze ihn bei dinglichen Klagen verpflichteten? In Ansehung der ersten Frage steht die Zulässigkeit der Nomi-

31) Brem. GerichtsO. §. 263.

32) Gönner's Entwurf l. c. Buch I. cap. III. §. 5. nr. 4.

33) Engelhard l. c. Satz 255.

34) Entwurf l. c. Satz 27.

Digitized by Google

nation mit unseren reichsgesetzlichen Proceßvorschriften im Widerspruche, nach welchen in jedem Falle der Beklagte (wenige Ausnahmen der Gerichtsstandableynenden und ähnlicher Einreden abgerechnet) gehörig in den Streit sich einlassen soll. In aber die Nomination gegründet, so ist die gesetzliche Vorschrift umgangen und die Frage wird nicht unwichtig, aus welchem Grunde der Richter eine solche Befreiung von der Litiscontestation im gemeinen Processe rechtfertigen könne. Für den Fall dinglicher Klagen hat er das römische und canonische seit Einführung des römischen Rechts in Teutschland anerkannte Gesetz; für die Anwendung auf persönliche Klagen hat er kein ausdrückliches Gesetz, und billig zweifelt man, ob ein Richter eine Ausnahme von einem allgemeinen Gesetze machen könne. — In Bezug auf die zweite Frage aber widerspricht die Nomination einem weisen Proceßgrundsatze, daß keine Partei schuldig sey, dem Gegner seine Proceßführung zu erleichtern [35]), daß vorzüglich der Beklagte nicht verpflichtet werden könne, dem Kläger seinen rechten Beklagten zu benennen, da es Sache des Klägers ist, die Klage gegen den wahren Beklagten zu richten, daß der Beklagte vielmehr im Falle, wenn der Klage die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, nur das Daseyn derselben zu läugnen brauche. Von allen diesen anerkannten Sätzen enthält die Nomination eine Abweichung, und dadurch eine Last für den Beklagten. — Fragt man aber, ob wirklich so viele Gründe da sind, die Nomination bei persönlichen Klagen anzuwenden, so dürfte das Resultat nicht für die Ausdehnung sprechen. Wir wollen

1) nicht darauf Werth legen, daß in Bezug auf gemeines Recht schon die Bezeichnung nominatio aut laudatio auctoris oder domini lehrt, daß der Ausdruck, und damit wohl auch die Sache, nicht auf persönliche Klagen passe; denn es sind

2) auch die Gründe, welche den Gesetzgeber zur Einführung der Nomination bei dinglichen Klagen bewogen, bei persönlichen nicht vorhanden. Nach der Natur der Realklagen wendet der Kläger, wenn er eine Sache verlangt, sich vermöge gesetzlicher Befugniß an den Besitzer der Sache; sobald er daher nur beweiset, daß die Sache im factischen Besitzverhältnisse des Beklagten sey, so hat er schon einen hinreichenden Grund zur Anstellung seiner Klage gegen diesen Besitzer für sich. Hier hatte daher auch das Gesetz Grund, sich von Seite des beklagten Besitzers, der auf fremden Besitz sich bezog, mit einer

35) Martin Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 37.

trockenen Erklärung, daß er nicht der wahre Besitzer sey, nicht zu begnügen, sondern ihn zu mehr zu verpflichten, so wie auch der Kläger schon von seiner Seite dadurch, daß der Beklagte die Sache besaß, die passive Legitimation des Beklagten hergestellt hatte. Bei persönlichen Klagen tritt aber kein ähnliches Verhältniß ein. Klagt hier der Kläger aus der Obligation, so tritt wieder ganz der gewöhnliche Grundsatz ein, daß es dem Kläger zustehe, den wahren Beklagten zu wählen; einen ähnlichen Grund, wie der Kläger mit der dinglichen Klage den Besitz des Beklagten anführen kann, hat der Kläger bei der Personalklage nicht für sich.

3) Bei der dinglichen Klage hatte aber das Gesetz noch neuen Grund den Beklagten zu mehr, als er sonst thun mußte, zu verpflichten. Müßte hier der Kläger mit der bloßen Erklärung, daß Beklagter nur im fremden Namen besitze, zufrieden seyn, so würde es ihm in den meisten Fällen [36]) unmöglich werden, denjenigen, in dessen Namen Beklagter besitzt, zu erfahren, und so den rechten Beklagten zu treffen; er von seiner Seite hat genug zur Begründung seiner Klage gethan, indem er sich an denjenigen wendete, welcher als der wahre Besitzer factisch erscheint, und so lange als solcher für den Kläger gilt, bis er das rechtliche Verhältniß angiebt, durch dessen Anführung die durch das factische Verhältniß begründete Behauptung des Klägers, daß der Beklagte besitze, widerlegt wird. Auf sehr natürlichem Wege gleichsam von selbst wird Beklagter, der nicht zugeben will, daß er in eigenem Namen besitze, dazu geführt, denjenigen anzugeben, in dessen Namen er besitzt. Bei demjenigen aber, der mit persönlicher Klage auftritt, ist dies nicht der Fall; der Kläger muß sich hier auf den nächsten und entfernten Klagegrund, und so auf das ganze Obligationsverhältniß stützen. Dies verpflichtende Verhältniß konnte nur auf zweifache mögliche Weise vorkommen. a) Entweder gab derjenige, der aus dem Rechtsgeschäfte jetzt belangt wird, damals seine Qualität als Stellvertreter des Anderen, als Vormund, Mandatar, Administrator an, und gieng das Geschäft nur im Namen des Anderen ein. In diesem Falle bedarf es keiner Nomination; der Kläger, wenn er doch gegen den Stellvertreter, statt gegen eigentliche Contrahenten klagte, verdient keine Begünstigung, da das ihm bekannte Rechtsgeschäft ihn belehren konnte, gegen wenn er zu klagen habe; der Stellvertreter aber, wenn er doch irriger Weise belangt wird, braucht

36) Vorausgesetzt, daß keine Grund- oder Hypothekenbücher existiren.

nichts anders zu thun, als zu läugnen, daß er in eigenem Namen das damals abgeschlossene Rechtsgeschäft, woraus jetzt geklagt wird, eingegangen habe; das Rechtsverhältniß selbst nennt hier denjenigen, gegen welchen die Klage zu richten ist; oder b) der Beklagte, welcher jetzt behaupten will, daß er nur als Stellvertreter des Anderen handelte, hat in dem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, woraus geklagt wird, seiner Qualität als Mandatar keine Erwähnung gethan, sondern in eigenem Namen contrahirt. Hier kann ihm die Nomination des Dritten nichts nützen; der Kläger wird sich nicht an einen Dritten anweisen lassen, mit welchem er nicht contrahirte, sondern hält sich an seinen im Vertrage genannten Contrahenten, welcher dem Dritten, in dessen Namen er gehandelt haben will, entweder zum Streite beiberufen, oder nach geendigtem Processe seine Regreßansprüche gegen denjenigen, für welchen er handelte, geltend machen kann. In keiner Rücksicht läßt sich eine Nomination rechtfertigen.

4) Auch in anderer Beziehung kann der Fall der Nomination bei persönlichen Klagen nicht vorkommen. Bei dinglichen Klagen wird ein wahrer Präjudicialpunkt, eine eigentliche Art der Legitimation zur Sache begründet, wenn der Kläger gegen einen Beklagten ein Recht in Anspruch nimmt, welches ein besonderes Rechtsverhältniß des Beklagten zu einer Sache voraussetzt, ohne dessen Daseyn der Anspruch des Klägers wider den gewählten Beklagten nicht Statt finden kann. Läugnet nun der Beklagte, welcher wegen einer Sache, die er besitzt, belangt wird, den Civilbesitz der Sache, so verlangt dieser Punkt als präjudiciell eine Erledigung vor der Hauptverhandlung, und die Gesetze haben daher im Falle einer Nomination Gründe, vor allem den Grund des Besitzes herstellen zu lassen. Bei persönlichen Klagen aber aus Obligationen kömmt ein solcher Legitimationspunkt nicht vor. Der Inhalt und die Art der Abschliessung des Geschäfts giebt hinreichend über die Verpflichtung des Beklagten Aufklärung, und die Frage: „ob der gewählte Beklagte der wahre sey", hängt unmittelbar mit der Hauptsache zusammen. Der Beweis des Klägers, daß der Beklagte aus dem Rechtsgeschäfte verpflichtet sey, gehört zu dem Hauptbeweise und begründet keinen Vorbeweis. Ist der Beklagte als Contrahent eingeführt, so geht auch die Klage gegen ihn; wobei der sub nr. 3. a. b. angegebene Unterschied anzuwenden ist. Wollte man zwar den Fall einwenden, wo der Beklagte bei Schließung des Geschäfts nicht seine Qualität als Stellvertreter angab, in der Wahrheit aber für einen Anderen handelte, und nun, wenn es zur Klage kömmt, beweisen will, daß er in fremdem Namen handelte, so ändert dieser Fall nichts,

Digitized by Google

da der Kläger, auch wenn Beklagter beweiset, doch nicht schuldig ist, sich sogleich von seiner Klage gegen den Contrabenten abtreiben zu lassen, in keinem Falle aber dadurch die Hauptverhandlung aufgeschoben werden kann *).

5) Betrachtet man alle Fälle, in welchen Nomination wegen Handlungen zulässig seyn soll, so zeigt sich immer ihre Unzulässigkeit, entweder a) daß sie ganz überflüssig und für den Beklagten unnütze, gesetzwidrig aufgedrungene Last ist, da ihn das bloße Läugnen, wozu er allein verbunden ist, hinreichend schützt, oder b) daß sie doch nie den Beklagten vom Streite völlig befreien, einen Dritten an seine Stelle substituiren, und das Hauptverfahren aufhalten kann. Nach diesen Betrachtungen konnten alle Personen, die Gönner zum Beweise der Ausdehnung der Nomination auf persönliche Klagen anführt, ohne Nomination von dem Streite sich befreien;

6) Prüft man auch die Wirkungen, welche die Nomination bei persönlichen Klagen haben soll, und zwar a) wenn der Beklagte mit Grund sich darauf berufen konnte, daß er nicht in eigenem Namen handelte, und b) wenn er voraussetzt, daß die Nomination geboten war, dieselbe unterließ, und sich in den Streit einließ, und vergleicht man die Folgen mit den bei der nominatio in Realklagen eintretenden Wirkungen, so überzeugt man sich noch mehr von der Grundlosigkeit der Ausdehnung. Bei jeder Realklage ist der Gegenstand der Klage die Sache, und der Kläger hat schon viel gewonnen, wenn er nur das Executionsobject kennt, und wenn er die Möglichkeit der Befriedigung vor sich sieht. Behauptet nun der Beklagte, daß er für einen Anderen besitze, und läugnet der Nominat die Behauptung des Nominanten, so steht der Befriedigung des Klägers, wenn er nur irgend sein Recht beweisen kann, nichts im Wege; der Nominant gesteht selbst, daß ihm die Sache nicht gehöre, und der Nominat macht keine Ansprüche, dem Kläger ist also bald geholfen. Bei persönlichen Klagen ist der Gegenstand eine Leistung. Behauptet hier der Beklagte, daß ihn die Klage nichts angehe, sondern den A. betreffe, und behauptet A. ebenso, daß ihn die Klage nicht belange, so hat der Kläger noch nichts gewonnen, er bekömmt von keinem seine Leistung, und das Verhältniß ist daher nie dem bei dinglichen Klagen gleich. Betrachtet man auch die Ausprüche der Gesetzesentwürfe in Ansehung der Folgen der Nomination bei persönlichen Klagen, so erkennt man noch mehr, wie sich die Gesetzgeber drehen müssen, um etwas auch nur halb Passendes

*) Vergl. a. dies. Archiv. B. 1. Abh. 26. S. 393. f.

vorzuschreiben. Die Bremische Gerichtsordnung spricht, ungeachtet sie zuvor ausgedehnt hat, bei den Folgen immer nur vom Besitzer [37]). Nach Gönners Entwurf [38]) soll bei einer angeblich in fremden Namen unternommenen Handlung, wenn entweder der Kläger die Nomination bestreitet, oder der Nominat läugnet, daß er aus der Handlung des Nominanten belangt werden könne, die Nomination als ein Präjudicialpunkt behandelt, und der Nominat adcitirt werden. Es bedarf keiner Ausführung, wie wenig dies Verfahren (daß eine Adcitation sich nie rechtfertigen lasse, wurde schon früher bewiesen [39])) mit dem bei der wahren Nomination wegen dinglicher Klagen verglichen, und wie wenig es selbst processualisch gerechtfertigt werden kann.

§. 5.

Bleibt man nun bei der eigentlichen Nomination stehen, so war die Frage vielfach bestritten: wann die Nomination im Processe vorgebracht werden müsse? Constantins Verordnung fordert sie statim in judicio, und ältere Rechtslehrer [40]) haben zu beweisen versucht, daß damit erst das Verfahren nach der Litiscontestation gemeint sey. Allein erwägt man die römische Ansicht von der Litiscontestation, durch welche eine den vertragsmäßigen Verbindlichkeiten ähnliche Verpflichtung begründet wurde, betrachtet man die Folgen der unterlassenen Nomination, wenn sich der Beklagte in den Streit freiwillig einließ, so kann man nicht zweifeln, daß bei den Römern die Nomination vor der Litiscontestation geschehen mußte. Nach römischem Rechte bekam auch die Frage: wann er es müsse? bedeutenden Werth, weil, im Falle die Litiscontestation ohne Nomination, wenn sie begründet gewesen wäre, den Beklagten, der liti se obtulit, der Nachtheil traf, daß er als der wahre Beklagte juristisch betrachtet wurde [41]). Nach römischem Rechte gab es einen präclusiven Termin zur Nomination, dessen Versäumung Nachtheile nach sich zog, von welchen man sich durch späteres

37) Brem. GerichtsO §. 264. Läugnet der Nominat seine Eigenschaft des wahren Interessenten, so muß, dafern Besitz im fremden Namen der Grund der Nomination war, dem Kläger der Besitz einstweilen zugesprochen, dem Eigenthümer aber die Ausführung des Rechtsstandes vorbehalten werden.

38) Buch I. cap. III. §. 5. nr. 4.

39) S. meinen Aufsatz in diesem Archive III. Bd. 1. H. nr. II.

40) S. bei Lauterbach diss. cit. §. 18.

41) L. 27. D. de rei vind. L. 13. §. 13. D. de hered. petit.

Digitized by Google

Vorbringen nicht befreien konnte. — Beziehen wir aber die Frage auf unsern heutigen Proceß, so ist das Resultat verschieden. Zwar ist es auch hier eine gewöhnliche Behauptung der Rechtslehrer, daß Nomination vor der Litiscontestation vorzubringen sey, selbst Gesetzbücher und Entwürfe stellen dies auf; das preußische Recht fordert, die Vorbringung sogleich nach insinuirter Klage, oder spätestens im Termine zur Beantwortung. Die Bremische Gerichtsordnung verlangt Nomination vor der Litiscontestation, Göuner und Schnell fordern sie in dem zur Einlassung auf die Klage angesetzten Termin. Die Praxis behandelte sie häufig als eine exceptio, verführt durch den Namen, und wendete daher die reichsgesetzlichen Vorschriften über Vorbringung der Exceptionen auch darauf an. — Richtiger aber muß man behaupten, daß für die Nomination ein solcher Termin mit präclusiver Wirkung, wie nach römischem Rechte, im heutigen Processe gar nicht existire. Allerdings ist zwar der schicklichste und von dem klugen Beklagten auch zu wählende Termin für die Nomination der zur Einlassung auf die Klage angesetzte, weil ihm selbst daran liegen muß, auf das schnellste vom Streite loszukommen, aber dieser Termin ist kein peremtorischer, sondern der Beklagte kann zu jeder Zeit im Processe, bis derselbe rechtskräftig geendigt ist, seinen Auctor nennen, und wird ohne Rücksicht auf Litiscontestation frei von dem weiteren Streite [42]). Es hängt dies mit dem Nachtheile zusammen, welcher denjenigen trifft, der in den Streit sich einließ, während er nicht in eigenem Namen besaß. Nach römischem Recht mußte der Beklagte zur Strafe den vollen Werth der Sache dem Kläger ersetzen [43]). Es ist dies offenbar eine Folge der älteren römischen Ansicht von Litiscontestation, aus welcher die Römer, ähnlich einem Vertrage [44]), verbindliche

42) Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 320.

43) L. 7. L. 68. D. de rei vind.

44) Winkler de discrimine litiscont. sect. II. §. 2. Es ist zwar dem Verf. wohl bekannt, daß nach Westenberg's und Weber's richtiger Ansicht die Litiscontestation nicht zu den Quasicontracten zu zählen ist; aber dies wird auch nicht behauptet; daß aber ursprünglich die Idee der Stipulation auf die Litiscontestation wirkte, daß diese Grundansicht später, als der Litis ganz aufgehört hatte, ihre Wirkungen äußerte, läßt sich nicht läugnen. Wenn auch die Römer nicht technisch die Litiscont. zu den Quasicontracten rechneten, so hatte doch die Ansicht der Stipulation viele Wirkungen der Litiscontest. erzeugt, die später noch fortdauerten und die Ansicht gründeten, daß durch Litiscontestation ein neues Rechtsverhältniß entstehe. S. a. Hufeland Pandektencomment. II. Thl. §. 1687. Note

Digitized by Google

Wirkungen für den Beklagten ableiteten, und es so annehmen, als wenn er durch freie Verabredung in den Streit sich eingelassen und als Beklagter gelten zu wollen erklärt hätte. Im Zusammenhange damit standen die Bestimmungen, durch welche aus der Litiscontestation eine Art von Novation und Delegation in Bezug auf den Beklagten hervorgieng, weil derselbe sich gleichsam als Schuldner an der Stelle des Andern darstellte [45]). Es war daher ganz consequent, wenn die Römer auch den fictus possessor, der sich freiwillig, d. h. ohne Nennung des wahren Beklagten, in den Streit einließ, zur Zahlung des Werths verurtheilten, wozu auch die von Gensler [46]) schon bemerkte Ansicht mitwirkte, nach welcher der Beklagte bei dinglichen Klagen gewisse, auch mit dem sacramento zusammenhängende, Cautionen leistete.

Wie wenig aber diese römischen Ansichten auf den heutigen gemeinen Proceß passen, ergiebt sich klar, wenn man die reichsgesetzliche Litiscontestation erwägt. Hier ist nicht mehr von einer von den beiden Parteien gleichsam vertragsmäßig gemachten Erklärung einer Streitsbegründung und Unterwerfung unter den richterlichen Ausspruch die Rede, die heutige Litiscontestation begründet keine Novation oder vertragsmäßig übernommene Verpflichtungen, sie ist ein rein processualische, keine neuen Rechte begründende Handlung, als die specielle Antwort des Beklagten auf alle vom Kläger in der Klage vorgebrachten Thatsachen. Auf diese heutige Litiscontestation lassen sich alle Wirkungen der römischen nicht anwenden, und namentlich auch diese nicht mehr, daß der sich einlassende Beklagte, wenn er auch der wahre Beklagte nicht war, als der Schuldige gelte, und dem Kläger, wenn derselbe sein Recht beweiset, den vollen Werth ersetze. Mit Recht haben daher auch achtungswürdige Rechtsgelehrte [47]) angenommen, daß nach jetzigen Grundsätzen der Kläger gegen den fingirten Besitzer nur die Forderung auf Entschädigung wegen des vergeblichen Processes habe. Daher ist es wohl sehr ungegründet, wenn man noch im gemeinen Rechte lehrt, daß die Nomination vor der Litiscontestation geschehen müsse, sobald man die Behauptung darauf bezieht, daß dem Beklagten der ohne Nomination sich einließ, die römischen Nachtheile treffen, weil diese wegen des weggefallenen Grundes nicht

45) L. 11. D. de novatione.

46) Gensler Handbuch I. S. 177.

47) z. B. Thibaut System des Pandektenrechts. III. Thl. §. 1058.

angewendet werden können. Dagegen wird der Beklagte, welcher sich so muthwillig in den Streit einließ, dem Kläger wegen der Täuschung und der verursachten Kosten des fruchtlosen Processes nach allgemeinen vom Schadensersatze geltenden Grundsätzen, Entschädigung schuldig seyn; während sich nicht rechtfertigen läßt, die Nomination an eine Frist, bei Strafe der Ausschließung zu binden, da vielmehr die Ausmittlung des eigentlich zu verklagenden immer im Vortheile beider Parteien liegt [48]). Es versteht sich dabei auch, daß selbst die Pflicht des Beklagten, der ohne Nomination in den Streit sich einließ, zur Kosten- und Schadenstragung dann wegfällt, wenn der Kläger selbst wußte, daß der Beklagte nicht der wahre Beklagte war [49]), weil der gegenseitige Dolus sich compensirt, wobei es sich auch versteht, daß der Beklagte, wenn er behauptet, daß Kläger von der Wahrheit unterrichtet war, auch dies beweisen muß. — Eine wichtige Bestätigung für die bisher angeführte Meinung, daß Nomination nicht an eine bestimmte Frist gebunden sey, und ihre Unterlassung die römischen Nachtheile nach sich ziehe ist auch, daß ältere Partikulargesetzbücher, welche sonst ganz auf das gemeine Recht gebaut sind, z. B. das baierische [50]) und das sächsische [51]) die bisherige Ansicht gesetzlich aussprechen. Auch die Gesetzentwürfe von Gönner [52]) und Engelhard [53]) nehmen sie auf.

§. 6.

Nicht selten wirft man auch die Frage auf: „ob mit der Nomination auch die Litiscontestation verbunden werden müsse". Die Praxis behandelt den Punkt verschieden jenachdem sie die sogenannte exceptio nominationis als eine gewöhnliche Einrede, oder als processhindernde Einrede ansieht. Als die letztere betrachten sie besonders sächs. Juristen [54]) keine Litiscontestation verlangend. Am richtigsten erkennt man darin, wie überhaupt in

---

48) Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung. S. 181.

49) S. Gensler Handbuch S. 178. und die dort Note 135. angeführten Gesetze. bes. L. 45. D. de hered. petit. Gesterding vom Eigenthum S. 319.

50) Cod. judic. Bavar. cap. VIII. §. 3. nr. 2.

51) Biener proc. Saxonic. pag. 302.

52) Gönner's Entwurf Buch I. cap. III. §. 5. nr. 1.

53) Engelhard l. c. Satz 256.

54) S. bei Biener proc. Saxon. l. c. p. 302.

Digitized by Google

der sogenannten exceptio deficientis legitimationis gar keine Einrede, sondern ein Läugnen eines Theils des Klagegrundes liegt, und eigentlich in Bezug auf den Nominanten der ganzen Klage. Insofern liegt in ihr selbst im processualischen Sinne eine Art von Litiscontestation. Daß der Beklagte dabei den Namen des wahren Beklagten angiebt, ändert ihre Natur nicht, und erscheint nur als Folge der vollständigen Erzählung, welche der Beklagte angiebt, um darzuthun, in welchem Verhältnisse sein Besitz zur Sache stehe, wobei gleichsam von selbst der Namen desjenigen, für welchen er besitzt, wegen der nothwendigen Vollständigkeit der Erzählung genannt werden muß. — Kömmt hier, wie es zuweilen geschiehet, der Fall vor, daß der Beklagte, der zur Nomination verpflichtet wäre, blos unter der Gestalt der s. g. Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache läugnet, daß er der wahre Beklagte, z. B. daß er nur Pächter sey, ohne daß er jedoch den wahren Beklagten nennt, und weiter in den Streit sich einläßt, so kann eine solche Schrift nicht zur Replik hinausgeschlossen werden. Nachdem das Gesetz in dem schon oft angeführten Falle sich nicht mit bloßem Läugnen des Legitimationspunkts begnügt, sondern ausdrücklich als Hauptsache Nomination verlangt, so ist in einem solchen Falle das Benehmen des Beklagten als gesetzwidriges zu betrachten, und doch ist er nicht mehr so wie derjenige zu betrachten, der in den Streit sich einließ, und gar keine Einwendung gegen Legitimation machte, weil er doch den Kläger aufmerksam gemacht hat, daß der nicht den wahren Beklagten gewählt habe.

Es bleiben hier zwei Wege für den Richter: 1) der, die lückenhafte Schrift des Beklagten dem Kläger zur weiteren Erinnerung oder Stellung geeigneter Anträge mitzutheilen, und nun, wie bei dem Ungehorsamsverfahren gegen den Beklagten, die Anklage des Ungehorsams von Seite des Klägers, oder geeignete Anträge abzuwarten. Dieser Weg scheint der reinen Verhandlungsmaxime anzupassen. Oder 2) der Richter, welcher erkennt, daß der Beklagte gegen die Vorschriften des Gesetzes eine durchaus unbefriedigende unvollständige Antwort gab, kann vermöge seiner Befugniß Schriften, die dem Gesetze geradezu widersprechen, zurückzuweisen, und vollständige Antworten zu verlangen, ohne weitere Mittheilung an den Kläger, dem Beklagten einen neuen Termin setzen, ihm auflegen, daß er bestimmt nach gesetzlichem Ausspruche denjenigen, in dessen Namen er besitze, nenne, mit der Drohung jener Folgen, die denjenigen treffen, welcher Nomination unterläßt. Erwägt man aber, daß dies Verfahren dem Grundsatze des Contumacialverfahrens, bei welchem der Richter auf Anklage nur verfährt,

Digitized by Google

widersprechen würde, daß der Richter nicht wissen kann, ob der Kläger, wenn er nur überhaupt weiß, daß der Beklagte in fremdem Namen besitze, nicht den wahren Beklagten sonst leicht erfahren kann, daß auch, wenn Beklagter überhaupt Jemanden nannte, noch nicht die Wahrheit, daß der Genannte der rechte sey, hergestellt ist, und daß doch die Schrift dem Kläger mitgetheilt werden muß, so ist der erste Weg zu billigen. Der Kläger wird in diesem Falle den Antrag auf Einleitung eines Contumacialverfahrens stellen können, und der Richter wird, wenn ein neuer Termin fruchtlos verstreicht, ohne daß der wahre Beklagte genannt wurde, den ungehorsamen Beklagten als solchen behandeln dürfen, der die Nomination völlig unterließ, und daher in den Streit sich einlassen muß. Der Kläger wird Kosten und Schaden von diesem Beklagten fordern können, und zwar wird es durch die Schadensklage ihm leicht werden, aus dem Grunde, daß der Beklagte dolo malo ihn abhielt, den wahren Beklagten zu verfolgen, den eigensinnigen Beklagten zu einer Antwort zu nöthigen.

§. 7.

In Bezug auf das Verfahren, wenn eine Nomination vorgebracht worden ist, ergeben sich in der Praxis neue Zweifel.

Daß die Schrift des Beklagten dem Kläger zur Erklärung mitgetheilt werden müsse, ist zwar unbestritten; man behauptet aber, daß der Kläger, wenn er gegen den neuen Beklagten den Nominaten klagen will, keine neue Klagschrift zu übergeben, sondern nur die alte gegen ihn zu richten habe. Diese Behauptung ist eben so wenig richtig, als die Sitte zu rechtfertigen ist, nach welcher (auch das preußische Gesetzbuch [55]) macht sie gesetzlich) die Nominationsschrift dem Kläger mitgetheilt, und er sofort angewiesen wird, die Sache gegen den Nominaten fortzusetzen. Ein solches Decret kann sehr häufig ein voreiliges seyn, da der Nominat nur fälschlich vom Beklagten angegeben seyn kann. Man muß davon ausgehen:

A) Nicht die bloße Nomination des dritten angeblich wahren Beklagten ist hinreichend, um den zuerst Beklagten zu entlassen, es muß vielmehr gewiß seyn, daß überhaupt der Nominat existire, er muß darüber gehört seyn und muß die Angabe des Nominanten bestätigen; es entsteht daher

B) über die Nomination ein Präjudicialstreit, um die Frage: wer der rechte Beklagte ist, zu entscheiden; da nicht selten die Nomination in chicaneuser Hinsicht vorgebracht wird. Bei diesem Präjudicialstreite bleibt der Nominant noch, und zwischen

55) Preuß. GerichtsO. Tit. XVII. §. 34.

ihm, den herbeigezogenen Nominaten und dem Kläger, wird über den Vorpunkt verhandelt.

C) Dieser Streit muß durch richterliche Entscheidung beendigt werden, und erst als Folge derselbe kann der Nominant entlassen, oder zur Fortsetzung des Streites als der wahre Beklagte angehalten werden. Diesen Sätzen gemäß hängt das weitere Verfahren von der Erklärung des Klägers auf die mitgetheilte Nominationsschrift ab.

a) Nimmt der Kläger es an, daß der Nominat wahrer Besitzer sey, so muß, ehe noch Nominant entlassen wird, der Nominat gehört werden; der Kläger wird daher das Gesuch auf Mittheilung der bisherigen Verhandlungen und Beiziehung des Nominaten stellen, und der Richter erläßt dem Gesuche gemäß die Verfügung. Bei der darüber entstehenden weiteren Verhandlung muß der Richter strenge wachen, daß sie nur auf den Präjudicialpunkt: ob der Nominant im Namen des Nominaten die Sache besitze? beschränkt bleibe. Gesteht der Nominat dies zu, so ist, ohne erst über die Hauptsache verhandeln zu lassen, durch richterlichen Bescheid der Vorstreit zu erledigen, der bisherige Beklagte ist von der Klage zu entbinden und dem Kläger die weitere Klagestellung gegen den wahren Beklagten vorzubehalten, nicht aber, wie es zuweilen geschieht, zur Klagestellung anzuweisen, weil dies ein, gesetzlich nicht zu rechtfertigender, Zwang zur Klage wäre. Mit Unrecht würde man aber keine neue Klageschrift des Klägers gegen den Nominaten fordern; es beginnt offenbar ein neuer Proceß unter neuen Personen; gegen den neuen Beklagten muß der Streit wie sonst, als wenn noch keiner vorausgegangen wäre, eröffnet werden, und dazu gehört auch eine neue Klagschrift um so mehr, als die alte nicht einmal mit den auf den vorigen Beklagten sich beziehenden Thatsachen und Qualitäten paßte.

b) Läugnet der Kläger, welchem die Nomination mitgetheilt wurde, daß der Nominat der wahre Beklagte sey, so ist eine Mittheilung der Schrift an den Nominaten unzweckmäßig; der Kläger muß in diesem Falle den Beweis, daß Nominant im eigenen Namen besitze, führen, und erst von dieser Beweisführung hängt die weitere Verhandlung ab. Die Behauptung älterer Schriftsteller [56]), daß der Nominant seinen Satz, daß er in fremden Namen besitze, wenn Kläger es läugnet, beweisen müsse, beruht auf dem irrigen Satze, daß die Nomination eine wahre exceptio sey, was sie durchaus nicht ist.

---

56) z. B. Lauterbach diss. §. 10. und die dort angeführten Vultejus, Sichard etc.

c) Ist die Nomination dem Nominaten zur Erklärung im bestimmten Termine mitgetheilt worden, und erscheint der Nominat im Termine mit seiner Erklärung nicht, so kann man nicht, wie es geschieht, von einer Litiscontestation und ihren Folgen gegen den Nominaten sprechen, da gegen ihn ja noch keine Klage förmlich erhoben ist, er nur zu einem noch zwischen anderen Personen schwebenden Streite zu einer vorläufigen Erklärung aufgefordert ist, und so der Begriff der Litiscontestation gar nicht auf ihn paßt; selbst die römischen Gesetze berechtigen nicht zur Annahme der Litiscontestation, wenn sie zwar aussprechen: si post hujusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est, facere maluerit; tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die quo possesor ad judicium vocatus est, ad irrumpendam longi temporis praescriptionem, contestata etc.; so sieht man klar, daß nicht unbedingt, sondern nur in einer Beziehung, die Litiscontestation als geschehen angenommen wird, nämlich zur Unterbrechung der Verjährung; auch sagen die Gesetze selbst, daß der nominatus erst nach citirt. und daß nach fruchtlosem Verlaufe der neuen Citationen erst das Verfahren eingeleitet werde, woraus sich wohl zeigt, daß an eigentliche Litiscontestation das Gesetz nicht gedacht habe. — Allerdings wird gegen den Nominaten, auch wenn er nicht geantwortet hat, die Verjährung unterbrochen werden, wie es die Gesetze wirklich vorschreiben, aber zur Entscheidung, oder dem Nominaten jetzt schon einen Nachtheil zuzufügen, ist die Sache nicht reif; der Richter wird, analogisch dem Contumacialverfahren, (daher auch Anklage von Seite des Klägers abgewartet werden muß) dem Nominaten einen Termin zur bestimmten Erklärung mit der Drohung der Nachtheile geben, welche sich gesetzlich rechtfertigen lassen. — Die eintretende Folge aber gegen den Nominaten, welcher nicht erscheint, kann, weil überhaupt der teutsche Proceß das Zugestehen der Ansprüche nicht als Strafe der Contumacia kennt, keine andere seyn, als welche der Analogie der Contumacialnachtheile des Beklagten entspricht, also Annahme des Läugnens der klägerischen Ansprüche. Es steht daher der Fall des Schweigens des Nominaten ganz demjenigen gleich, wenn der Nominat ausdrücklich erklärt, daß er nicht der wahre Beklagte sey und es ergiebt sich dies noch mehr, wenn man die Folgen erwägt, welche eintreten würden, wenn Kläger seine Eigenthumsklage ausdrücklich schon zuerst gegen den Nominaten als Besitzer gerichtet und wenn der Nominat als Beklagter ungehorsam geschwiegen hätte.

d) Am wichtigsten wird nun der Fall, wenn der Nominat ausdrücklich erklärt, daß er nicht besitze, daß ihn also der Streit nichts angehe. Es ist wohl nicht gegründet, wenn die Rechts-

lehrer [57]) unbedingt behaupten, daß dann dem Kläger, wenn er auch sein Recht auf die Sache noch nicht dargethan hat, der Besitz der Sache einstweilen zugesprochen werde. Selbst in die neueren Gesetzesentwürfen von Gönner [58]), Globig [59]), Schnell [60]) ist diese Bestimmung als gesetzliche Vorschrift übergegangen.

Diese Behauptung ist 1) schon deswegen unbegreiflich, weil sich kein Grund nachweisen läßt, aus welchem mit Umstoßung aller sonst geltenden rechtlichen Grundsätze der Kläger vor dem Beweise frei seyn, und ein Recht zugesprochen haben soll, blos weil Personen, die selbst gestehen, daß sie der Streit nichts angehe, behaupten, daß sie keinen Anspruch machen; daraus, daß dritte Personen kein Recht ansprechen, folgt nicht, daß der erste behauptende ohne allen Beweis das Recht habe. 2) In der Allgemeinheit paßt aber gar keine Besitzeinsetzung auf alle Realklagen, von welchen doch z. B. die Servitutsklage auf Besitz nicht geht, so daß dem Kläger mehr und oft etwas ihm lästiges zugesprochen würde, als er verlangte. 3) Ein solches Einsetzen in den Besitz ist selbst in einigen Fällen unmöglich; denn wenn auch der Nominant behauptete, daß er nicht in eigenem Namen besitze, so würde man ihm doch sehr Unrecht zufügen, wenn man deswegen sogleich den Kläger völlig in den Besitz immittirte; wenn auch Nominant nicht Civilbesitzer ist, so hat er doch z. B. als usufructuar oder Miethsmann ein Recht die Sache innezuhaben, welcher nicht die Besitzeinsetzung des Klägers sich gefallen lassen kann. —

Man muß vielmehr von nachstehenden Sätzen ausgehen:

1) durch die bloße Nomination ist der Streit des Klägers mit dem ersten Beklagten, also dem Nominanten, noch nicht rechtlich beendigt, sondern nur suspendirt worden. Will daher der Nominat sich nicht einlassen und als Besitzer darstellen, so geht der Streit des Klägers und Nominanten wieder fort, so weit es nach der abgegebenen Erklärung des Nominanten möglich ist.

2) Durch die Nomination ist nur ein Präjudicialstreit über die Frage entstanden: wer der wahre Civilbesitzer der Sache sey? Die Verhandlungen in diesem Streite können in ihren Wirkungen auch nicht weiter ausgedehnt werden als sie die Frage, wie sie im Streite war, anpassen; auf die petitorischen

---

57) S. selbst Gönner Handbuch S. 349. Danz §. 474. nr. 3. u. a.

58) Gönner Entwurf l. c. §. 5. nr. 3.

59) Globig Entwurf l. c. S. 349.

60) Entwurf eines Gesetzbuchs Satz 26.

Digitized by Google

Ansprüche irgend eines Theils kann, da darüber keine Verhandlungen noch eingeleitet werden, ein Nachtheil des präjudiciellen Besitzstreites nicht ausgedehnt werden; daher α) kann dem Nominaten, wenn sich in der Folge ergiebt, daß er doch der wahre Besitzer und selbst der berechtigte Eigenthümer war, kein Nachtheil in Ansehung des Eigenthumsrechts selbst zugehen, und die Ausführung steht ihm wie sonst frei, wie auch das römische Gesetz durch die Worte: omni allegatione absenti de principali quaestione servata, ausspricht, und wie es auch alle neueren Gesetze anerkennen. β) Ebenso steht dem Nominanten, wenn der Kläger sein Recht geltend machen will, die Vorbringung aller Einwendungen zu, welche aus seinem eigenem Rechte, z. B. daß er Pächter oder Nießbräucher sey, abgeleitet werden, und auch neben seiner Erklärung in der Nomination, daß er nicht in eigenem Namen besitze, bestehen. γ) Selbst in Ansehung der Eigenthumsrechte des Nominanten muß dies behauptet werden, wenn sich ergeben sollte, daß der Nominant doch der wahre Beklagte sey, und wenn entweder der Nominant selbst eine Nomination zurücknimmt, und seinen Civilbesitz zugiebt, oder wenn er vom Kläger überwiesen würde. Bestritten könnte die Frage nur seyn, wenn nachgewiesen würde, daß der Nominant dolose, um den Streit von sich wegzuwälzen, einen anderen nannte; aber auch in diesem Falle leidet er an seinen Eigenthumsrechten keinen Verlust, da theils in der Nomination kein ausdrücklicher Verzicht auf sein Recht liegt, da vielmehr der Beklagte nur etwas läugnete, was zu beweisen, wenn geläugnet wird, dem Kläger obliegt, und sein Unrecht nur im Unterschieben eines falschen Namens lag, da endlich über das Eigenthumsrecht zwischen Kläger und Nominaten noch nicht verhandelt war, Nominant sich noch nicht vertheidigt hatte, und ihm kein Recht ohne diese vorausgegangene Eroffnung der Vertheidigung geraubt werden konnte. Der Streit war nur präjudicieller Besitzstreit, und seine Wirkung geht nur auf den Besitz, der Nominant, wird daher zur Strafe seiner Täuschung und des böslichen Läugnens nach der allerdings noch anwendbaren Bestimmung [61]) seinen Besitz zu Gunsten des Klägers verlieren und sich dadurch der Vortheile des Besitzes berauben, so wie er auch dem Kläger die bisherigen Kosten in jedem Falle vergüten muß.

Nach dem bisher Angeführten wird sich das Verfahren im Falle, wenn Nominat behauptet daß er nicht besitze, leicht bestimmen lassen. 1) Die Schrift des Nominaten wir dem Kläger zur Stellung seiner weiteren Antrage, dem Nominanten zur

61) L. 80. D. de rei vind. Nov. 18. cap. 10.

Wissenschaft mitgetheilt werden. 2) Der Kläger ist nun berechtiget gegen den Nominaten weiter den Streit fortzusetzen, und zwar wird er oft die Behauptung wiederholen: daß Beklagter (Nominant) doch wahrhaft besitze. 3) Läugnet der Nominant dies auf das Neue, so liegt dem Kläger der Beweis der Behauptung ob. 4) Gelingt ihm dieser Beweis, so wird der Beklagte vom Gerichte zur Einlassung in den Streit verurtheilt, und der Hauptproceß geht wie sonst fort. 5) Kann oder will der Kläger nicht behaupten, daß Nominant der wahre Beklagte ist, nimmt er vielmehr die Behauptungen des Nominanten und Nominaten zu seinem Vortheile an, so entscheidet bei seinen weiteren Gesuchen a) die Beschaffenheit der von ihm angestellten Realklage b) die vom Kläger gelieferte Nachweisung der Wahrheit der Gründe seines Anspruchs, c) die Einwendungen des Nominanten, welche er aus seinem eigenen Rechte zur Sache, z. B. daß er den Nießbrauch habe oder Pächter sey, ableitet und d) das weitere Benehmen des Nominanten. Der Nominant kann nämlich auch in gewissen Fällen gegen die Behauptung des Nominaten, daß ihn die Sache nichts angehe, dem Kläger Beweise liefern, woraus sich ergiebt, daß Nominant wirklich im Namen des Nominaten besitze, z. B. die vom Nominaten selbst gefertigte Pachturkunde. In diesem Falle wird es für den Kläger am klügsten seyn, unmittelbar gegen den Nominaten den Proceß fortzusetzen gestützt auf die erhaltenen Beweise, daß derselbe der rechte Beklagte ist, die Klage gegen den Nominaten auf die Hauptsache und zugleich, da sich auf den dolosen den Besitz abläugnenden Beklagten die Verordnung des römischen Rechts anwenden läßt, auf Einsetzung in den Besitz stellen.

Ist dies nicht der Fall, so stellt der Kläger, wenn seine Klage auf das Recht selbst geht, sein Gesuch auf vorläufige Einsetzung in den Besitz; das Gesuch wird dem Nominanten, der wenn er auch nicht in der Hauptsache der rechte Beklagte ist doch interessirt bleibt, wenn er den factischen oder Naturalbesitz abtreten soll mitgetheilt; oder wenn es eine andere Realklage ist, z. B Servitutsklage, so stellt er das Gesuch auf Schutz im Besitze seines Rechts. Hat der Nominant keine Einwendungen so entscheiden die vom Kläger vorgebrachten Gründe für seinen Besitzanspruch und sind diese so daß ihm im possessorischen Processe (denn in einen solchen verwandelt sich das Verfahren) der Besitz zuerkannt werden könne so wird durch Urtheil über sein Gesuch entschieden. Hat Nominant gegründete Einwendungen, so geschieht die Einsetzung in Besitz unbeschadet der Rechte des Nominanten, und der vorläufige Proceß endiget damit, die Verfolgung der Eigenthumsrechte bleiben dem No-

Digitized by Google

minaten und Nominanten vorbehalten, auch der dritte rechtmäßige Besitzer, der später kömmt, kann gegen den Kläger, der nur zur Strafe des Nominanten und Nominaten, oder weil kein besseres Recht ihm gegenüber behauptet wurde, den Besitz erhielt, seinen Besitz geltend machen.

XXV.

1) Einige Worte über die laudatio sive nominatio auctoris, und das durch diese veranlaßte teutsch-proceßliche Verfahren —

2) über die poena infitiationis in diesem Gebiet —

3) über den Grundsatz: es giebt Antworten im Proceß, welche zugleich die Natur einer vereinenden Einlassung und dennoch auch die Grundlage und Folgen einer Einrede haben.

Von Gensler.

§. 1.

Eine niedergeschriebene Abhandlung: über die Einlassung und das qualificirte Geständniß u. s. w., nöthiget mich gewisser Maßen, hier einiges in Hinsicht auf meines Freundes Mittermaier unter nr. XXIV. vorstehende Beleuchtung der Benennung des Auctors zu äußern.

In jener Abhandlung habe ich nämlich die nominatio auctoris als Beispiel eines qualificirten Geständnisses und dessen Wirkung in Bezug auf Beweislast gedacht zum Beleg, daß dieses sogenannte Geständniß eine Mischung sey von Geständniß, Verneinung, und Einrede.

Wenn z. B. der mit einer Vindication als Besitzer belangte Beklagte so antwortete: „ich gestehe, daß ich das vom Kläger vindicirt werden sollende Grundstück als Pachter des N*. besitze," so enthält dieses den Sinn:

a) „ich besitze" — (nämlich auf das blos factische Aeußere hingesehen.) —

Digitized by Google

b) „ich besitze nicht“ — (in Rücksicht auf den gesetzlichen Begriff eines Civilbesitzers.) —

c) „ich habe die Qualität eines Pachters des N*.“ — (dieses ist eine selbstständige, außer dem Gebiet der vom Kläger behaupteten thatsächlichen Verhältnisse liegende, Behauptung, mithin eine Einrede, deren Wahrheit jedoch zugleich ein Nichtwahr und also einen directen Gegenbeweis wider des Klägers behaupteten Civilbesitz des Beklagten zur Folge hat.) —

Es ist diese Ansicht nicht unfruchtbar für die Lehre von der nominatio auctoris überhaupt, auch insofern sie nicht im Gewand eines qualificirten Geständnisses erscheint.

Sehr wahr und richtig bemerkt Mittermaier S. 405. a) „daß die Begründung der sogen. exceptio nom. auct. eine doppelte Natur hat“; und eben so stimme ich seinen S. 406 f. aufgestellten Lehrsätzen bei, b) daß die laudat. auctoris nur für dingliche Klagen gegeben und nur für diese gerecht und zwecklich sey, ingleichen c) daß diejenige poena infitiationis, welche in einer translatio possessionis auf den Kläger bestehet, sehr enge Gränzen hat. Allein so wie in diesem Punkt die römischen Gesetze keinesweges für unanwendbar angesehen werden können, so giebt mir eben die doppelte Natur der nominatio auctoris den Grund ab, dieselbe von der einen Seite als eine wirkliche exceptio angesehen, eben deshalb aber anzunehmen, daß von dieser ihrer Natur aus der teutsche Proceß über die nominat. auctoris, veranlaßte diese einen gerichtlichen Streit, sich leicht nach den allgemeinen Principien entwickelt.

Man sehe hin auf die möglichen Fälle ihres Gebrauchs in dem Proceßgang, setze aber dabei voraus, daß der Kläger in der Geschichtserzählung seiner Klage ausdrücklich mit behauptet habe: „der Beklagte besitze das Object der Klage, oder habe den Besitz bösvorsätzlich von sich geschafft [1].“

Denn fehlt die Behauptung einer solchen wesentlichen Bedingung der dinglichen Klage, so ist es ja ein processualischer Mißgriff, an eine laudatio auctoris zu denken, und auch das Vorschützen einer exc. deficientis legitimationis ad causam ist verkehrt [2]. Der sichtliche Fehler der Klage wird Grund und Gegenstand einer dilatorischen, von der Instanz befreienden, exceptio libelli inepti seu actionis non rite fundatae [3], mit dem Gesuch: „die Klage als

1) L. 36. Dig. de rei vindic. 6. 1.

2) M. Handb zu Martins Lehrb. des teutsch. gem. bürg. Processes. Thl. 1. Abh. 3. S. 142. 149. u. 157.

3) Archiv für die civil. Praxis. Bd. 1. Abh. 21. §. 15. S. 275.

angebrachter Maßen unstatthaft zu verwerfen; ja dieses muß auch ohne jene Einrede von Richteramts wegen geschehen. Der Grund dieser dilatorischen Einrede ist: „weil der Kläger die factische Grundlage der passiven Legitimation zur Sache in seiner Klage nicht erzählt und der Antwort nicht mitausgestellt, mithin die Klage einen wesentlichen Fehler hat“. Von jener Sachlegitimation selbst aber ist, nach dem Zweck dieser exceptio dilatoria, noch gar nicht die Rede, man mag nun die except. def. leg. ad caus. als blose negative Litiscontestation, oder als etwas anders betrachten wollen. Wäre der Advocat so einfältig, jene Einrede eine except. def. leg. ad caus. poss. zu betiteln, so muß wenigstens der Richter klüger seyn, da dieser nicht den Namen, sondern das Material, in das Auge fassen und vor seine Reflexion ziehen muß.

Also eine auch in diesem Legitimations-Punkt gehörig begründete Klage wird in Hinsicht auf die laud. seu nom. auctoris hier vorausgesetzt.

§. 2.

Wenn nun in diesem Fall

A) der Beklagte zu dem Zweck, um sich von der Einlassung zu befreien, um den Proceß sofort und für immer von sich abzuwenden, ohne jedoch dem Kläger etwas an dessen Gesuch einzuräumen, sogleich mit dem Vortrag hervortritt: „ich besitze nicht für mich, sondern für den N*., ich bin folglich zur Sache passiv nicht legitimirt, ich will, ja ich darf nicht einmal über dieses, meiner Disposition enthobene, Object in einen Rechtsstreit, wem es gehöre, mich einlassen“, so enthält dieses von der einen Seite wirklich eine negative Litiscontestation des Inhalts: „es ist nicht wahr, daß ich das Object der Klage besitze“. Allein da der Beklagte diesen Satz nicht bis zur Litiscontestation versparen, da er durch ihn von dieser sich vielmehr befreien will, da, wenn er, nach seinem Bewußtseyn, mit den äußern Merkmalen des Besitzes umgeben ist, z. B. das Grundstück mit seinem Geschirr beackert, die Früchte ärndtet u. d. gl., er in der juristischen Lage sich befindet, diese äußern Merkmale zu tilgen, weil, sind sie eingestanden, oder vom Kläger bewiesen, der den Besitz- und Legitimations-Punkt betreffende Beweis des Klägers bis auf Entkräftung vollständig geführt ist, da ferner der Beklagte gerade diese sofortige Entkräftung dadurch bezweckt, daß er eine Qualität seines Besitzes und seiner selbst, so wie das Daseyn eines andern Besitzers, behauptet, aus deren Wahrheit die Nichtwahrheit der juristisch bewiesenen Behauptung des Klägers folgen soll; so nimmt aus diesem Gesichtspunkt

sein Vortrag die Natur einer Einrede an und zwar, auf den Proceß hingesehen, einer exceptio litis ingressum impediens nach teutschrechtlichem Begriff. Und in diesem Fall muß er sie schleunig beweisen, oder die Einlassung auf die Klage vollziehen [1]).

Im Fall jedoch

a) der Beklagte mit der Einrede und durch diese zugleich zur Abtretung des Besitzes des Klagobjects an den Kläger sich bereit erklärt, und nur das Recht jenes Dritten als Hinderniß anführt, dann fällt auch der Streit darüber: „ob und wie er besitze", von selbst hinweg; der Streit zwischen ihm und dem Kläger ist eigentlich ganz beendiget, und nur das Interesse des benannten Dritten macht noch ein Hinderniß, dem Kläger den verfolgten Besitz einzuräumen. Für diesen Fall ist dann die L. 2. Cod. ubi in rem actio. 3. 19. gegeben und auch in dem teutschen Proceß anwendbar — mag er vor der Litiscontestation, oder mit dieser, oder nach ihr, in dem Proceß eintreten. Hiervon unten lit. B. 2. II. S. 429.

Desgleichen ist

b) der Proceß in dem Fall zwischen dem jetzigen Kläger und Beklagten beendet, wenn dieser den, auch nur benannten, Nominaten sich gefallen lassen und sofort wider diesen sich wenden will. Hier läßt er seine Klage gegen den zeitherigen Beklagten fallen — und in beiden Fällen unter a. u. b. kann er auch die Folgen einer nicht entschuldbaren ignorantia durch Ersatz der Unkosten zu verbüßen haben.

Auch hat er

c) das Recht, keinesweges aber die Zwangspflicht, selbst in den Fall, wann der einen Dritten nominirende Beklagte den Besitz nicht abtreten will, in die Adcitation des Nominaten einzuwilligen, um dessen Erklärung anzuhören, zur weiteren Entschliessung, „ob er, Kläger, den gewählten Beklagten fahren lassen und gegen den Nominaten sich wenden wolle" — ein Fall aber, welcher durchaus nicht Gegenstand der L. 2. Cod. ubi in rem actio rel., sondern nur als conventioneller Unterrichts Proceß anzusehen ist.

Will nämlich

d) der Beklagte den Besitz nicht verlassen, dennoch aber von der Klage durch eine nominatio auctoris ledig werden, jetzt aber der Kläger von dem Nominaten keine Notiz nehmen, sondern auf seiner ausdrücklichen Behauptung in der Klage bestehen: „der Beklagte besitze wirklich", so kann,

---

1) Archiv. a. a. O. Abh. 32. S. 452. ff. Mein Handbuch zu Martin, Thl. 1. Abh. 5. S. 144.

Digitized by Google

wie schon erwähnt, dieser von der einlassenden Antwort: „ob er besitze oder nicht“, sich blos durch den schleunigen, in der Exceptionsschrift sogleich angetretenen, Beweis befreien: „jener N*. sey der Civilbesitzer“. Der so entschlossene Kläger braucht sich also, findet er diesen Beweis nicht klar, eine Adcitation jenes Nominaten wider Willen am wenigsten zu dem Zweck gefallen zu lassen, um gegen diesen beigerufenen Nominaten seinen Spieß zu wenden. Litem mag der Beklagte jenem Dritten immerhin denunciren aber das befreit ihn nicht von der Rolle einer Hauptperson, und veranlaßt kein besonderes Verfahren [2]). Ja es werden nicht einmal die Bedingungen einer litisdenunciatio immer vorhanden seyn [3]). Jenen Beklagten kann im vorausgesetzten Fall nur eine klare, wider der Kläger beweisende, Urkunde im Gefolge jener proceßverbindernd vorgeschützten Einrede dem gesetzlichen Vollzug der Litiscontestation entheben. Selbst wenn der Nominat, geladen oder ungeladen, erschiene und aus vollem Hals riefe: ich bin der Civilbesitzer, ich biete mich als Gegner des Klägers dar wider mich wende er diese oder eine neue Klage! würde der Kläger, ohne einen von Seiten des Beklagten mit dieser Erklärung verbundenen schleunigen und klaren Beweis, erwiedern dürfen: „ich glaube diesem Zeugen in eigener Sache nicht, mit ihm habe ich nichts zu schaffen, sondern nur mit dem von mir gewählten Beklagten, welcher antworten soll: „ob er besitze oder nicht“.

B) Läßt der Beklagte auf die Klage sich ein, sey es nun α) ohne jene Einrede vorausgehen zu lassen, oder β) eventuell, d. h. auf den Fall, daß der Kläger die nominatio sich nicht gefallen ließe, oder die Einrede vom Richter für nicht liquid erachtet würde, und

---

2) Die Litisdenunciation kann ja nur eine accessorische Intervention des Litisdenunciaten zur Folge haben, wobei dieser den Litisdenunciauten blos mitvertheidiget, ohne daß der Proceß eine andere Richtung erhielte, und der Litisdenunciant, ohne Einwilligung des Gegners, aufhören könnte, eine Hauptperson des Processes zu seyn.

3) Angenommen, in allen Fällen finde Litisdenunciation an einen Dritten statt, in welchen durch den Verlust des Processes eine Regreßklage gegen ihn entspringen würde, Martin Lehrb. des teutsch. bürg. Proc. §. 296. ibi all., ist freilich auch im obigen Verhältniß eine litisdenuntiatio denkbar, z. B. der mit der vindicatio angegriffene Besitzer behauptet: „ich bin ein Pächter,“ er benennt den N*. als Eigenthümer, der Kläger aber will dieses nicht glauben und der Beklagte will auch den Besitz so gutwillig nicht räumen, sondern denuncirt dem Verpachter litem, jenes, um von dem Proceß frei zu werden, dieses um vertheidiget zu werden, und sich die Regreßklage zu sichern.

Digitized by Google

1) gestehet den Besitz, nämlich den natürlichen, im Gegensatz des Civilbesitzes, m. a. W. eine detentio, macht jedoch

a) den Zusatz: „ich besitze jedoch nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des N*., als dessen Pachter u. d. gl.“, so ist dieser Zusatz keine litis contestatio im Sinne des teutschen Processes, sondern Anhang [4]), welcher, aus den oben unter A. angeführten Gründen die Natur einer Einrede hat. Die äußern Merkmale der passiven Legitimation zur Sache sind eingestanden und damit ist der dem Kläger hierunter obgelegene Beweis beendet. Daß die einbekannten äußern Merkmale des Civilbesitzes eine besondere innere, und daher eine andere Qualität haben, als die gesetzliche Regel und also die Rechtsvermuthung voraussetzt, ist ein selbstständiges, vom Beklagten zu beweisendes factum. Gerade so verhält es sich, wann die Antwort des Beklagten auch der Form nach qualificirt ist, z. B. „ich gestehe, daß ich das libellirte Grundstück als Pachter des N*. besitze“ [5]). Läßt aber

b) der Beklagte obigen Anhang sowohl, als diese Form eines limitirten Geständnisses hinweg, gestehet rein: „ich besitze das Grundstück“, ohne auch nur eine Erläuterung hinzuzufügen, ob pro suo oder nomine alieno, und ohne vor oder hinter der Einlassung die Behauptung: „er besitze für einen Dritten“, als eine Einrede vorzuschützen, in deren Gefolge er dennoch von der Klage zu entbinden sey, so ist jener Legitimationspunkt vor der Hand erlediget, und der Beklagte kann sofort verurtheilt werden, hat er die übrigen Theile der Geschichtserzählung auch zugestanden, z. B. daß dem Kläger das behauptete Eigenthum zustehe. Ist in diesem übrigen Gebiet noch eine wesentliche Thatsache des gegnerischen facti verneint, so wird diese die Quelle des dem Kläger vorzuzeichnenden Beweisthems. Träte im Fall b) der Beklagte erst in der Folge mit der Behauptung hervor: „sein einbekannter Besitz sey doch kein Civilbesitz, einem Dritten, dem N*., stehe dieser zu“, es mag nun dieses Vorbringen in der Duplik des ersten Verfahrens, oder in der Instanz des dem Kläger in der Sache selbst, z. B. wegen seines Eigenthums, aufgelegten Beweises, oder selbst nach geschehener Verurtheilung des Beklagten

---

4) In der Abhandlung: über Einlassung und das qualif. Geſt., führe ich näher aus: daß der Reichsabsch. v. 1654. §. 37. mit 49. in der Litiscontestation durchaus nicht anders dulden will, als reine Antwort auf die in der Klage wirklich erzählten Thatsachen. Vrgl. dies. Archiv B. 1. Abh. 3. §. 7. S. 46.

5) Auch diese Sätze erhalten in der bezogenen Schrift ihre Rechtfertigung.

Digitized by Google

zur Herausgabe des Klagobjects an den Kläger noch in der Executions-Instanz geschehen, so muß er zwar immer noch mit dem Beweis seiner Einrede gehört werden, und zwar deshalb, weil der Rechtsstreit in Rücksicht auf das Recht eines Dritten nichtig ist [6]); allein auch wenn er diesen Beweis führt, können ihn doch die Folgen der oblatio litis treffen, d. h. Ersatz aller Unkosten und Schäden, die er dem Kläger durch das Verhehlen des wahren Besitzers schuldlich zugezogen hat, nicht aber kann in diesem Fall eine translatio possessionis auf den Kläger als poena inficiationis eintreten.

So oft und zu welcher Zeit nämlich im Proceß Zweifel entstehen über einer Partei Legitimation zur Sache, bilden diese Zweifel allerdings einen Präjudicial-Streitpunkt, obgleich

A) alsdann kein besonderes Präjudicial-Verfahren, wann die factischen Bedingungen jener Legitimation der ersten Antwort des Gegners gleich im Anfange des Processes mit ausgestellt wurden, indem in diesem Fall die teutschrechtliche Eventual-Maxime des Processes schon dafür gesorgt hat, daß, ohne alle Gefahr einer Nichtigkeit des Verfahrens, dieses nicht gehemmt werde [7]). Entspringen aber

B) jene Zweifel an der Sachlegitimation erst nachher im Laufe des Processes, nachdem dessen Streitfragen in dem ersten Verfahren durch gegenseitige Behauptungen und Antworten schon festgestellt waren, so können sie auch ein summarisches Incident-Verfahren veranlassen, bald ohne, bald mit eventuellem Fortschritt in der Hauptsache [8]). Im Fall nun der Beklagte anfänglich als ein solcher sich darstellte, welcher zur Sache passiv legitimirt sey, hintendrein aber dieses gleichsam widerruft, und dabei einen Dritten benennt, welchem eigentlich dasjenige Object zugehöre, das er, Beklagter, dem Kläger deshalb herausgeben solle, weil es diesem zugehöre, so kann der Richter mit Sicherheit in petitorio nicht erkennen, indem er, ist jenes Vorgeben wahr, über das Recht eines Dritten, ohne dessen vorgängiges, gesetzlich geregeltes, Gehör mit Festigkeit abzusprechen und dieses Recht dem Kläger als dessen Recht zuzusprechen, gar nicht vermag. Weniger Bedenken hat er nun zwar, darüber interimistisch zu verfügen, „wer einstweilen die streitige Sache besitzen solle“, erwogen die bloße translatio possessionis, welche in diesem Zeitpunkt

6) Martin, in dem Lehrb. des teutsch. gem. bürg. Proc. §. 35. M. Handb. a. a. O. S. 111. ibi leg. all.

7) M. Handb. a. a. O. S. 146 f. 156 f.

8) M. Handb. a. a. O. S. 160. lit. D.

Digitized by Google

ein Dritter, als etwaniger Eigenthümer, physisch selbst nicht hat, am wenigsten dessen dingliches, gegen jeden Besitzer wirksames, Recht auflöset; und aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich die translatio possessionis (der Besitz-Wechsel) als Privatstrafe eines boshaften Abläugnens des Besitzes des mit einer dinglichen Klage verfolgten Objects. Allein auch hier müssen die Gesetze möglichst enge erklärt werden, und ihre sehr verschiedenen Fälle im römischen Recht sind genau zu sondern. Auch hier kann nicht einmal nach röm. Recht eine translatio possessionis dann Statt finden, wann in den Acten von dem Beklagten der Dritte, welcher der wahre Besitzer sey, zu irgend einer Zeit im Proceß genannt, und als jener Besitzer bewiesen wird, und für welchen also auch die translatio des Naturalbesitzes schon ein rechtliches Interesse hat. In diesem Fall ist der Stoff zu einem Präjudicial-Streitpunkt gegeben, welcher wohl auch als noviter emergens, ein Incident-Präjudicial-Verfahren veranlaßt; allein der Besitzstand muß einstweilen unverändert bleiben. Drei römische Gesetze pflegt man in dieser Materie anzuziehen.

I) Das erste [9]) setzt den Fall voraus, daß der Beklagte allen Besitz des vom Kläger mit einer dinglichen Klage verfolgten Objects boshaft (wissentlich, vorsätzlich) abläugnet, der Kläger aber ihn des Besitzes durch Beweis überführt. Hier soll der Beklagte zur Strafe seiner Lüge dem Kläger den Besitz jenes Objects einräumen, gesetzt auch der Kläger habe nicht bewiesen, rem suam esse [10]). Von einer nominatio auctoris ist hier gar nicht die Rede, ein reines Läugnen des Besitzes ist der Fall des Gesetzes und dabei der, daß der Beklagte einen Dritten gar nicht angeben wolle oder könne, welchem die Sache zugehöre, so daß also hierüber in den Akten gar kein Zweifel entstehet, und mithin auch gar kein Bedenken, dem Kläger den Besitz einzuräumen. Oben aber wurde unterstellt, der Beklagte gestehe den Besitz und benenne nachher einen Dritten als wahren Besitzer.

---

9) L. 80. Dig. de rei vind. 6. 1.

10) Daß die L. 80. cit. nur ein präparatorisches Verfahren, um die Legitimation zur Sache zum Voraus ausschließlich zu berichtigen, unterstelle, ist nicht so gerade hinanzunehmen. Die Worte etiam si non probaverit rel. deuten auch auf ein schon eingetretenes positives Streben hin, das dingliche Recht selbst zu beweisen, und es konnten ja die beiden Fragen: 1) ob der Beklagte besitze und 2) ob dem Kläger das behauptete dingliche Recht zustehe, ex jure in judicium hinuber gegangen seyn.

Digitized by Google

II.) Das zweite Gesetz [11]) faßt nur den Fall in das Auge, wann der Beklagte gegen die Klage sich gar nicht sträuben, sondern diese sogleich von sich abwenden, und daher sogar den einbekannten Naturalbesitz dem Kläger abtreten will, daferne der eigentliche Besitzer dagegen nichts einzuwenden habe. Ist der Beklagte dieses bereitwilligen Sinnes, so soll er, um diesen Befreiungszweck zu erreichen, den wahren Besitzer nennen, soll diesem gleichsam litem zu dem Zweck denunciren, damit dieser, in dessen Namen er besitzt, ihm keinen Vorwurf mache, und wohl mit einer Entschädigungsklage, weil er den Besitz eigenwillig und einseitig von sich gelassen habe, in Anspruch nehme. Ist nun jener Dritte in Kenntniß gesetzt, „seine Sache sey angefochten", ist er aufgefordert, actoris intentiones excipere, und er bleibt unthätig, so soll der Beklagte und Denunciant (vel quasi) seiner Obliegenheit ein Genüge geleistet haben und nunmehr ohne Verantwortlichkeit befugt seyn, dem Kläger das verlangte Object herauszugeben [12]), übrigens mit Vorbehalt der petitorischen Ansprüche jenes Schweigenden an das Object selbst, und ohne daß mit jener translatio possessionis der Hauptstreitpunkt über das dingliche Recht des Klägers an dem Object entschieden wäre. Hier ist also überhaupt von keiner poena infitiationis die Rede, sondern von einer poena negligentiae eines aufgeforderten Dritten, und von einem Vortheil des Beklagten, welcher in diesem Fall nicht einmal zur Erstattung der Unkosten an den Kläger verbunden seyn kann.

III.) Das dritte Gesetz [13]) unterstellt den Fall: daß a) der Kläger selbst gleich in der Klage behauptet, „der Beklagte besitze die Sache eines benannten Dritten, an welcher Sache ihm, dem Kläger, ein solches dingliches Recht [14]) zustehe, das den Beklagten gesetzlich verpflichte jene fremde Sache ihm, dem Kläger, abzutreten", hierauf aber b) der Beklagte läugnet, „daß diese Sache jenem benannten Dritten zugehöre", und nunmehr c) der Kläger beweiset: „allerdings gehöre das Klagobject dem benannten Drit-

---

11) L. 2. Cod. ubi in rem actio. 3. 19.

12) Daß dieser Geist und Zweck in der L. all. 2. Cod. liege, bedarf keiner besondern Zergliederung — man lese es nur selbst.

13) Nov. 18. Cap. 10.

14) z. B. Pfandrecht. Auth. Item possessor pignoris rel. p. leg. 7. Cod. qui potiores in pign. 8. 18.

Digitized by Google

ten zu". Zur Strafe, daß der Beklagte dem Kläger durch boshaftes beharrliches Läugnen vergebliche Mühe machte, soll er dem Kläger den Besitz einräumen, jedoch mit Vorbehalt der Verfolgung seiner eigenen dinglichen Rechte an der Sache. Hier ist also eine poena infitiationis, aber keine laudatio auctoris, vielmehr ein Läugnen eines auctoris von Seiten des Beklagten. Auch eine denunciatio an jenen, vom Kläger selbst benannten und bewiesenen, Dritten macht das Gesetz nicht zur Bedingung der translatio possessionis; gewiß, weil auch der Kläger nur den Besitz im Gefolge eines dinglichen Rechts, nicht das Eigenthum an der Sache selbst verfolgt, der Beklagte, nach dessen Vorgeben, aus einem gleichen Grund besitzt und diesen Besitz nicht verlassen will, folglich für den Dritten es so ziemlich gleichgültig ist, welcher von beiden besitze. Auch davon aber ist der eben vorausgesetzte Fall gänzlich verschieden.

Wenn nun aber der in der Litiscontestation den Besitz des Klagobjects allgemeinhin bekennende Beklagte in der Folge noch da, wo die aus dem Besitz hervorgehende Vermuthung des Civilbesitzes wider ihn wirksam werden und seine Verurtheilung begründen soll, mit der nominatio auctoris erst hervortritt, so hat solche nicht den Zweck, durch sie von der Einlassung auf die Klage sich zu befreien, sondern es fällt der Proceß in die Lage zurück, als hätte er gleich anfänglich [15]) so geantwortet: „ich besitze zwar das Object, allein nur nomine alieno". Erbietet sich der Beklagte hierbei zur Abtretung des Besitzes unter Consens des Nominaten, so kommt, wie oben nr. II., die L. 2. Cod. ubi in rem actio rel. zur Anwendung. Will der Beklagte den Kläger nur zurücktreiben und den Besitz bis auf weiteres, bis der wahre Besitzer besiegt ist, an sich behalten, so muß er den Beweis übernehmen, „daß nicht er, sondern der Nominat derjenige Besitzer sey, wider welchen die dingliche Klage gerichtet werden müsse". Jetzt aber bedarf es keines schleunigen Beweises, weil er sich eingelassen hat, die nominatio also die Natur einer solchen Einrede annimmt, welche der Litiscontestation nachgefügt, oder doch als der Gegenstand eines ordentlichen directen Gegenbeweises anzusehen ist. Beweiset er aber auch die von der Klage ihm befreiende Qualität seines Besitzes, so trifft ihn doch der Vorwurf, den Proceß unnöthig verzögert und dadurch den Kläger von der Verfolgung seines Rechts gegen den wahren Besitzer abgehalten zu haben, so daß, wenn

15) Eben weil die Legitimatio ad causam als wesentlicher Punkt der Gegenstand ist, wird das zutherige gleichsam rescindirt.

Digitized by Google

nicht auch dem Kläger eine culpa zur Last gelegt werden kann, dessen Forderung eines Ersatzes der Unkosten und Schäden als begründet vorliegt [16]). Uebrigens braucht auch hier der Kläger durch das Geständniß des Nominaten, „ja, er sey der wahre Besitzer", so wenig sich überzeugt zu finden als gewiß auf der andern Seite von seiner Willkühr es abhängt, dem Nominanten sogleich, oder nach einer Erklärung des Nominaten, zu verlassen [17]). Allein der Kostenpunkt kann hier unter andere Principien fallen, weil der Beklagte den Kläger erst später in Kenntniß setzte von dem wahren Verhältniß des Besitzes.

Sollte aber der Beklagte den Beweis, „nicht er, sondern der Nominat, sey der wahre Besitzer", nicht führen, so muß er ferner als zur Sache passiv legitimirt beurtheilt werden, und die Hauptsache, der Beweis des dinglichen Rechts des Klägers u. s. w., insoweit sie noch nicht beendiget ist, gehet wider ihn voran. Der Zweifel über jene Legitimation ist in den Acten nicht mehr vorhanden. Dennoch aber kann der Kläger eine translatio possessionis nicht verlangen — keines der obigen Gesetze ist für diesen Fall gegeben. Er hat weder den Besitz überhaupt, noch den Besitzer selbst geläugnet, sondern nur eine Qualität seines Besitzes behauptet, die er zu beweisen nicht vermochte. Dafür kennen die Gesetze keine Strafe [18]), sondern nur Anspruch auf Ersatz der Unkosten u. d. gl.

Wenn hingegen der Beklagte

2) den Besitz in der Einlassung verneint, z. B. er antwortet: „es ist nicht wahr, daß ich das libellirte Grundstück besitze", und dabei

a) bemerklich macht, (sey es als Erläuterung oder in Bezug auf die vorangesetzte oder nachfolgende Einrede), „er verstehe hierunter den Civilbesitz, indem er diesen nicht habe, obwohl das Object in seiner Detention sich befinde", so muß er im Gefolge dieser Selbsterklärung des Sinnes seiner Antwort dem gleich geachtet werden, welcher, wie unter B. 1. vorausgesetzt wurde, den Besitz voran zugestehet, und dann dessen Qualität als bloßen Naturalbesitz behauptet. Wollte man aber den Kläger in Rücksicht auf jenen Satz der Einlassung: „es ist nicht wahr, daß ich das libellirte Grundstück

16) Vergl. Mittermaier, S. .

17) S. oben §. 2. a. b. c. d. pag. 424.

18) Die Nov. 18. Cap. 10. auf diesen Fall auszudehnen, wäre gegen alle Interpretations-Regeln.

Digitized by Google

besitze", den Beweis auflegen, etwann wegen des Princips: exeipiens non fatetur etc., oder weil auch seine Erklärung über den Naturalbesitz schwankend ist [19]), so würde der Kläger doch nichts weiter zu beweisen haben, als: der Beklagte besitze, i. e. übe Besitzhandlungen über das streitige Object aus. Ist dieses dargethan, so kommt auch hier zur Anwendung, daß das Daseyn der äußern Merkmale des Civilbesitzes die Vermuthung dessen Daseyns zur gesetzlichen Folge hat. Hierunter trifft also den Beklagten die Last des Beweises: „ein Dritter sey der Civilbesitzer, er selbst aber nur der possessor naturalis".

Sollte aber der Beklagte

b) auch jenen Erläuterungs-Vortrag oder Anhang hinweglassen, sollte seine ganze Antwort auf diesen Punkt in den Worten bestehen: „ich verneine, daß ich das libellirte Grundstück besitze", ja dann ist auch dieses Punktes wegen dem Kläger der Beweis aufzulegen, wiewohl kein besonderer Präjudicial-Beweis, sondern verbunden mit den etwann auch noch zu beweisenden übrigen Bestandtheilen der gegnerischen Geschichtserzählung [20]). Dann aber, beweiset der Kläger den Besitz, kann auch die im röm. Recht bestimmte poena infitiationis, licet actor, rem suam esse, non adprobaverit, zur Anwendung kommen [21]), im Fall nämlich auch jetzt der Beklagte keinen Dritten als wahren Besitzer benennt, oder den nunmehr erst, nach der convictio, benannten Dritten als wahren Besitzer zu beweisen nicht vermochte. Jener erste Fall ist in der L. 80. cit. klar, und der vergebliche Versuch, die Lüge, deren der Beklagte überführt wurde, zu beschönigen, erhöhet sie mehr, als daß durch jenes Unternehmen das Gesetz unanwendbar gemacht würde [22]). Auch ist es gewiß von dem Fall zu verstehen, wenn der Beklagte, der anfänglich allen Besitz läugnete, hintendrein, nachdem der Kläger den Beweis unternahm, den Besitz noch geste-

19) In der mehrgedachten Abhandl. über die Einlassung führe ich aus, daß in solchen Fällen der zur Antwort pflichtigen Partei eine bessere, reine, bestimmte, Antwort sub poena confessionis geboten werden soll.

20) Hier ist alles anwendbar, was von dem Beweis der activen und passiven Legitimation zur Sache nach teutsch-rechtlichen Rechtsprincipien sich sagen läßt. M. Handbuch zu Martin, Thl. 1. Abh. 5. S. 145 ff. u. S. 154 ff.

21) Nach L. 80. cit. de rei vindic.

22) Vergl. auch Note 10.

Digitized by Google

bet [23]), z. B. nachdem ihm der Eid angetragen wurde, oder andere Anstalten des Beweises rege werden. In diesen Fällen liegt kein Hinderniß in dem teutschen Proceß, den Besitz auch dann auf den Kläger zu transferiren, wenn gleich über diesen Streitpunkt nicht voran allein zu erkennen seyn sollte, sondern die Definitiv-Sentenz in der Hauptsache, über das dingliche Recht des Klägers an der Sache, zugleich dahin mit erfolgte: insoferne habe der Kläger nicht bewiesen. §. 5. nr. 3 b. Denn würde der Beklagte hiermit frei von allen Folgen seiner Lüge, etwann abgesehen von Kostencompensation, so würde es Cautel werden, allen Besitz zu läugnen, um den Kläger die Rechtsverfolgung chikanös zu erschweren. Solches will der teutsche Proceß eben sowohl verhüten, als der Römische [24]). Uebrigens bleibt dem Beklagten unbenommen, auf Wiedererlangung des Besitzes zu klagen, hat er ein zum Besitz befugendes dingliches Recht an der Sache, deren Besitz er zur Strafe abtreten mußte. Nur den Besitz erhält jener Kläger, sein behauptetes dingliches Recht bleibt unerwiesen, er besitzt nur im Gefolge der Chikane seines Gegners [25]).

Allein wenn der Beklagte da, wo er, des geläugneten Besitzes überführt, sich als Lügner blos gestellt hat, noch eine laudatio auctoris vorträgt, und dabei beweiset, „dieser Nominat sey der wahre Besitzer", so hört die Gränze des Gesetzes auf, und es können wieder nur, wie unter B 1., Kosten- und Schadens-Ersatz als Folgen der oblatio litis eintreten, keine translatio possessionis als poena infitiationis: Das Interesse eines Dritten lebt nun in den Acten auf, und die Lüge: „er, Beklagter, besitze nicht", erhält einige Rechtfertigung, hat nicht mehr die Natur einer wahren Chikane. Aber die Folgen seiner culpa muß er tragen, wenn auch jetzt der Kläger gegen den Nominaten sich zu wenden hat, um sein Recht klagend weiter zu verfolgen. Nochmals sey erwähnt, daß die L. 80. Dig. diesen Fall nicht zum Gegenstand hat, und daß auf diesen die poena infitiationis selbst nach röm. Proceß um so

23) Das Geständniß ist die beste convictio, und das Gesetz spricht allgemein vom Beweis: ita ut si possit adversarius convincere rel.

24) Darinnen haben die alten praktischen Juristen gar wohl recht. Oetze, in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 121. ibi all. Note w.

25) Die L. 80. spricht dieses in den Worten: transferat ad se possessionem per judicem hinreichend deutlich aus, und die Nov. 18. Cap. 10. dient wenigstens als Commentar.

weniger anwendbar ist [26]), weil er eine weit geringere Imputation gegen den Beklagten in sich faßt, als der Fall, wo dieser allen Besitz läugnet, und nachdem er überführt ist, daß er besitzt, auch keinen Dritten nahmhaft machen kann, welcher den zur passiven Sachlegitimation des Beklagten nothwendigen Besitz habe.

§. 3.

Zu bedenken ist jedoch noch hierbei, daß dem Beklagten, auch wenn er den Besitz verneinte ohne allen Bezug auf einen autor, §. 2. lit. B 2 b. S. 432., ihm doch der directe Gegenbeweis gegen die Behauptung des Klägers offen stehet. Dieser behauptet den Civilbesitz, hat aber solchen mit dem Beweis des Daseyns der äußern Merkmale des Civilbesitzes genüglich erwiesen, §. 2. A 1 b. S. 426., und der Beklagte hat in diesem Fall gegen eine praesumtio juris anzukämpfen. Solches geschiehet durch den directen Gegenbeweis [1]), welcher aber auch indirect d. h. künstlich, durch Schlußfolgerungen geführt werden kann [2]). Von dieser Schlußfolgerung auf das Nichtwahr des im Gefolge des vom Kläger geführten Beweises zu präsumirenden Civilbesitzes kann nun der Satz: „ich bin nur Pachter u. d. gl.“, die factische Prämisse bilden; indem, wird diese erwiesen, nun aus den gesetzlichen Begriffen des Besitzes von selbst folgt, daß der Beklagte ein solcher Besitzer nicht ist, wie [3]) der Kläger behauptete, und rechtlich vermuthet wurde. Dieser eigentliche, wiewohl künstliche, Gegenbeweis ist aber an die Frist des directen Gegenbeweises gebunden; dahingegen hätte der Beklagte die Einrede: „sein Besitz habe nur die Eigenschaft eines bloßen Naturalbesitzes und ein Dritter sey der Civilbesitzer“, der Einlassung angehängt, diese Behauptung auch ein Gegenstand des sogenannten indirecten Gegenbeweises [4]) seyn würde, nach dem Begriff

---

26) L. 11. §. 10. 11. 12. Dig. de interrogation. in jure faciendis. 11. 1.

1) Grolman, in der Theorie des ger. Verf. in bürg. Rechtsst. §. 96. Danz, in den Grundf. des ord. bürg. Proc. §. 251.

2) Archiv. B. 1. Abh. 3. S. 35. Note 3.

3) Es ist hier ein Fall, wo die Schlußfolgerung voll beweiset, weil die bewiesene Prämisse die Wahrheit des gegnerischen Beweisthems absolut ausschliesset. Es ist ein gesetzlicher Widerspruch, daß der Pachter als solcher pro suo besitze — es ist gleichsam ein Rechts-alibi bewiesen. Vergl. Archiv a. a. O. S. 36. Not. ***.

4) Grolman, a. a. O. §. 97. Danz, a. a. O. Martin, a. a. O. §. 125.

eines eventuellen Hauptbeweiſes [5]), welcher nach gemeinem Recht auch dann noch angetreten werden kann, wann über das Reſultat des gegneriſchen Hauptbeweiſes bereits erkannt und dieſer wenigſtens bis zu einem geſetzlichen Eid für geführt befunden worden iſt [6]).

Hier alſo zugleich ein Beleg zu dem Satz, daß es Behauptungen des Antworters giebt, welche resp. eine indirecte Verneinung der Behauptung des Gegners in ſich faſſen, resp. aber auch die Natur der Einreden haben [7]), und alſo ſowohl in erſter als zweiter Eigenſchaft, ja in dem nämlichen Proceß in beiden Qualitäten zugleich, benützt werden können [8]) — und hieraus mag ſich auch ergeben, daß die nominatio auctoris auch die Natur einer Einrede hat, und zwar resp. als proceßverhindernd, §. 2. lit. A., resp. um auch nach dem Beweis der Klage von dieſer entbunden zu werden §. 2. lit. B., mithin der der Wirkung nach den gemeinen peremtoriſchen Einreden gleich.

Dem Beklagten muß man nach der Verhandlungs-Maxime die Wahl laſſen, wo und wie er die laudatio auctoris zu ſeiner Vertheidigung benützen wolle.

§. 4.

Siehet man auf §. 2. zurück, ſo folgt dorther der Satz: „es giebt kein eigenes procedere für des Beklagten Vertheidigung mittelſt der nom. auctoris, vielmehr bleibt alles auf der Bahn des geregelten Verfahrens — abgeſehen von dem Fall, wo er zur Räumung des Beſitzes unter Mitwiſſen des benannten wahren Beſitzers ſich bereit erklärt". Das hierauf nach der L. 2. Cod. ubi in rem actio rel. eintretende Verfahren aber iſt für den Beklagten gar kein Rechtsſtreit — dieſen will er gar nicht, er will ja des Klägers Verlangen ſo weit erfüllen, als in ſeinen moraliſchen Kräften ſtehet.

Hinweg alſo inſonderheit mit einem Präjudicialbeweis, oder gar Präjudicial-Verfahren, über die nominatio auctoris vor der Litiscontestation! Ein ſchleuniger Beweis iſt deswegen nicht Präjudicialbeweis im eigentlichen Sinn. Er, der unternommene ſchleunige Beweis, kann, ohne Liquidität, die eventuelle Verhandlung gar nicht hemmen; — iſt er nicht ſogleich klar, ſo treffen die Partei, welche, auf ihn ſich ſtützend, das eventuelle Fortſchreiten unterließe, die Folgen des Ungehorſams [1]).

---

5) Gönner, in dem Handb. des Proc. Thl. II. Abh. 42. §. 2. f.

6) Grolman, a. a. O. §. 187. Gönner, a. a. O. §. 4.

7) Archiv, a. a. O. Abh. 21. §. 15. S. 276.

8) Ein geſetzliches Hinderniß dieſer doppelten Vertheidigung durch Beweis des nämlichen Satzes 1) in einer beſondern directen Gegenbeweisführung, und dann 2) nochmals durch einen beſondern ſogen. indirecten Gegenbeweis, könnte nur darinn ſich finden, wenn der Beklagte dort und hier Beweismittel brauchte, welche neben einander nicht zuläſſig ſeyn ſollen. Archiv, B. 1. Abh. 12. S. 155 f.

1) Archiv, a. a. O. Abh. 32. S. 455.

Digitized by Google

1) Die eine nominatio auctoris, vollkommen oder unvollkommen, enthaltende Antwort des Beklagten ist dem Kläger ad replicandum mitzutheilen. Spricht dort der Beklagte: „er besitze nur als Pachter, als Commodatar u. d. gl.“, ohne den Verpachter u. s. w. zu benennen, so ist der Richter nicht befugt, ihn zur Ergänzung zu nöthigen [2]). Der Beklagte konnte schlechthin antworten: „ich besitze nicht“, im welchem Fall die Antwort das Gebiet der Litiscontestation nicht überschreitet. Einreden vorzuschützen ist keine Zwangspflicht des Beklagten, und für den Beweis des Satzes: „daß er nicht besitze“, als das directe Gegentheil eines Theils des Beweisthems des Klägers, haben ihm die Gesetze die Befugniß zum directen, sogar künstlichen, Gegenbeweis gegeben. Nur Sache des Klägers ist es, den Inhalt der Antwort des Beklagten zu erwägen und sich zu bedenken, ob er diesen Rechtsstreit gegen den den Besitz läugnenden, wenn auch nur auf einen ungenannten dritten Besitzer hindeutenden, oder einen solchen gar nicht erwähnenden, Beklagten fortsetzen wolle. Hat dieser

2) ein solchen Dritten klar benannt, ohne jedoch um dessen Adcitation zu bitten, d. h. diesem litem zu denunciren [3]), so ist auch der Richter zur Adcitation unbefugt [4]). Auch in diesem Fall ist der Kläger rein ad replicandum zu veranlassen und ihm allenfalls nur die Erklärung über Anerkennung der vom Beklagten zum schleunigen Beweis der Wahrheit seiner nom. auctoris inducirten Urkunde in dem nämlichen Decret zu gebieten. Keineswegs aber eine Einlassung auf jene proceßverhindernde Einrede [5]). Jetzt ist es wieder an dem Kläger, zu überlegen, ob jene Einrede liquid sey, ob ihm eine Entbindung des gewählten Beklagten drohe, ob er diesen verlassen und den Nominaten wählen, oder ob er die ihm nicht einleuchtende Liquidität der Einrede replicirend anfechten und auf den beschrittenen Weg voranschreiten wolle, so wie letzten Fall dem Beklagten offen stehet seine etwann nur liquidable exceptio tertii possessoris durch Auswirkung einer Tagfahrt zur Anerkennung des Originals der zu ihrem schleunigen Beweis beigebrachten Urkunde liquid zu machen. Im Fall aber

3) der Beklagte auf Adcitation des bestimmt nominirten Auctors ausdrücklich ongetragen hätte, so hat diese da, wo der Beklagte aus dem Besitz nicht weichen will, z. B. als Pachter, die Natur und Folgen einer Litisdenunciation. Diese ist dem Nominaten, nebst den Voracten [6]), Klage und Antwort, als eine monitorische Beiladung zuzufertigen, und hiervon ist dem Kläger in dem solchem die Antwort seines Beklagten ad replicandum mittheilenden Decret Notiz zu geben

---

2) Dieses würde höchsten Falls nur dann sich behaupten lassen, wann der Beklagte zugleich sich erböthe, den Besitz zu Gunsten des Klägers fahren zu lassen. Aber selbst in diesem Fall ist es Sache des Klägers, auf jene nähere Erklärung des Beklagten anzutragen, damit das Richteramt keinen Grund finde, des Beklagten Darbieten für nicht ausreichend zu finden, weil der Beklagte selbst bekennt, er wolle über ein Object disponiren, welches er nicht im Civilbesitz habe.

3) Weil er, Beklagter, nicht gesonnen ist, den Besitz der Sache aufzugeben.

4) Folgt aus Mittermaiers eigenen und richtigen Principien von der Adcitation der Verhandlungs-Maxime. Archiv. B. 3. Hft. 3. nr. II. S. 33 f. S. a. Martin, a. a. O. §. 295.

5) Archiv. B. 1. Abh. 22. S. 455.

6) Martin, a. a. O. §. 196.

— weiter nichts [7]). Abermals ist die Reihe an dem Kläger, seine fernern Maaßregeln zu bedenken — abermals kann von Liquidität oder Nichtliquidität der exceptio tertii possessoris und der ersten Vollendung [8]) die Rede seyn — nicht aber wird diese vom Kläger geforderte Klarheit durch eine Erklärung des sich einfindenden Litisdenunciaten dadurch hergestellt, daß dieser äußert: der Beklagte ist nicht Besitzer — sehet da, ich bin es leibhaftig!

Wenn nämlich im vorausgesetzten Fall

4) der Nominat wirklich thätig aufträte und

a) auf vorbemerkte Weise sich erklärte (nr. 3. a. E.), so ist es wieder Sache des Klägers, ob er α) den vorigen Beklagten verlassen, den sich darbietenden Gegner aber glauben und als Besitzer angreifen, oder ob er β) replicirend antworten will: „von diesem Zudringlichen nehme ich keine Notiz". Hier wirft sich die Sache wieder auf die Liquidität der vom Beklagten vorgeschützten Einrede „tertii possessoris", und die etwann von solchem, von jenem Nominaten beigebrachten schleunigen Beweismittel sind nur Beweismittel des Beklagten, welcher an dem Litisdenunciaten einen Beistand und Consorten zur Abtreibung des Gegners im Verhältniß zu dem von solchen gewählten Beklagten erhalten hat [9]). Ein präjudicielles Verfahren zwischen dem Kläger und Nominaten ist ein gesetzloser, ja ein gesetzwidriger, höchst schädlicher, Auswuchs einer solchen Praxis und Doctrin, welche die vom Gesetz so weise verschlossene Thür zur Weitschichtigkeit und böser Chikane vor der Litiscontestation aus den Angeln hebt. Ein solches Verfahren ist eben so wider den teutschen gemeinen Proceß und dessen, so wie einer neuen Gesetzgebung, unwürdig, als in dem Fall, wann

b) der erschienene Nominat erklärt: „nein, er sey nicht Besitzer des Klagobjects". Will hier der Kläger α) dennoch den gewählten Beklagten fahren lassen und diesem mehr glauben, als dem sich sträubenden Nominaten [10]) — wer will es ihm wehren? Es verstehet sich, daß der Kläger mit einer ganz neuen Klage gegen ihn hervortreten muß, so wie das überall der Fall ist, wo der Kläger den erst gewählten Beklagten verläßt und nicht eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft zwischen dem Nominaten und Kläger die Fortsetzung des Processes in der Lage billiget [11]), in welcher dieser bei dem Austritt des ersten Be-

---

7) Grolman, a. a. O. §. 159.

8) Durch Auswirkung eines Termins zur Anerkennung der Original-Urkunde.

9) Dieser bleibt die Hauptperson — das an der Spitze stehende passive Subject des Processes — abermals und immer vorausgesetzt, der Kläger will ihn nicht lassen, weil solcher sich überzeugt findet, dieser Beklagte, nicht jener accessorische Intervenient, sey der wahre Besitzer, und abermals in Betracht gezogen, daß der Beklagte die Einlassung durch die nominatio auctoris verhindern will. Vergl. übr. Grolman, a. a. O. 159. mit 158 b.

10) Dieser kann ja die Sache gestohlen oder sonst einen Grund haben, propriam turpitudinem zu verhehlen.

11) Wenn z. B. beide mit dem Schriftwechsel u. s. w. fortführen, und die Streitfrage so feststellten, daß es einer neuen Klage und Antwort nicht bedürfte, so muß der Richter diesen, wenngleich nur durch Handlungen ausgesprochenen, Willen der Parteien anerkennen.

Digitized by Google

klagten sich befindet. Allein β) der gegen die nominatio sich sträubende Kläger kann auch hier so wenig genöthiget werden, einen Präjudicialstreit über die nominatio sich gefallen zu lassen, als es einen Sinn hätte, ihm zu erlauben, einen solchen Vorproceß mit dem Nominaten zu führen. Wollte er nämlich diesem beweisen: „er, der Nominat, sey wirklich der Besitzer, so ist ja dieses ein Verlassen des ersten Beklagten und ein gesetzwidriger tumultuarischer Ueberschritt in die Hauptsache gegen den neuen Beklagten. Wollte aber der erste Beklagte gegen seinen eigenen Nominaten (Litisdenunciaten) sich wenden, um gegen diesen als Kläger zu beweisen, „er, der läugnende Nominat, sey doch der wahre Besitzer“, so läuft es ja wieder gegen die ersten Principien des Processes, den Kläger zu nöthigen, einstweilen den Zuschauer zu machen und zu warten, bis sein Beklagter mit einem Dritten jenen Rechtsstreit beendiget habe. Für diesen Kläger ist jener Nebenkampf, jene, aus diesen Acten zu verweisende, res inter alios acta, gar kein Präjudicialstreit — er schreitet auf seinem eröffneten Weg gegen seinen gewählten Beklagten voran, und nur dessen schleuniger, liquider, wider den Kläger gerichteter Beweis, „nicht er, sondern jener Dritte besitze“, vermag es, ihn, den Beklagten des Klägers, von der Einlassung auf dessen Klage zu befreien. Aber so wie dieser Beklagte keinen Beweis aus dem Geständniß des Nominaten hernehmen kann, so schadet ihm auch dessen Verneinen nichts. Auch dieses kann gegen die Wahrheit und die Behauptung des Beklagten richtig seyn [12]). Doch gegen den Kläger muß er hier seinen schleunigen Beweis richten, nur dieser ist in diesem Proceß sein Gegner [13]).

Was übrigens wegen des Beweises über den Besitz selbst dann Rechtens sey, wann die possessio tertii nominati vor der Litiscontestation nicht schleunig und klar bewiesen und die Einlassung auf die Klage vollzogen wurde, ist schon oben §. 2. enthalten, so wie das keiner Wiederholung bedarf, daß der Proceß auch hinter der Litiscontestation resp. in das Gebiet der nominatio auctoris gleichsam zurückfallen, resp. aber mit ihr im langsamem Beweis sich beschäftigen kann.

Und was dort und hier nicht gesagt wurde, folgt leicht und consequent aus den gesetzlichen Hauptprincipien:

A) der teutsche gemeine Proceß duldet, mit Ausnahme der gerichtsablehnenden Einreden und der eingeschwärzten exc. spolii, nur schleunige liquide Beweise im Gebiete vor der Litiscontestation –

B) mit und hinter der Litiscontestation darf erst der Stoff zu langsamen ordentlichen Beweisen gegeben werden [14]). —

C) so wie Niemand, von dessen eigenem Recht die Rede ist, zum Klagen und zur Vertheidigung auf Klagen absolut genöthiget werden darf, so liegt es auch außer der Gewalt eines Richters, oder einer Par-

---

12) Vergl. Note 10. S. 437.

13) Dieses ist auch der Fall, wann der Beklagte nach der Litiscontestation einen ordentlichen, directen oder indirecten, Gegenbeweis §. 3. wegen des Besitzes des nominirten Auctors unternimmt.

14) Hätte man nur diese beiden unter A. u. B. aufgestellten Sätze des Reichsabsch. von 1654., nebst dessen Sinn einer speciellen Antwort, richtig aufgefaßt und cultivirt, wieviel Unfug der Praxis, wieviel Irrthümer der alten und neuen Doctrin, wieviel rückwärts schreitende Vorschriften neuer Gesetzgebungen, wären verhütet worden! —

Digitized by Google

tel, dem Kläger einen Gegner aufzudringen, den er nicht mag [15]), oder von einem gewählten Gegner zu verjagen, welchen er nicht fahren lassen will [16]), und welcher vor der Antwort auf die Thatsachen der Klage nicht schleunig und klar zu beweisen im Stande ist, die Klage sey untauglich zum Proceß, oder unreif, oder überhaupt, oder doch von Seiten des Klägers, oder gegen ihn, den Beklagten, nicht statthaft [17]).

§. 5.

In der Sache selbst schließe ich noch mit folgenden Bemerkungen:

1) Beweiset der Kläger nicht einmal einen solchen Besitz des Beklagten, mit welchem die Rechtsvermuthung des Civilbesitzes gesetzlich sich verbindet §. 2. S. 426., so wird er mit seiner Klage gegen diesen Beklagten abgewiesen, und dann mag der wahre Besitzer immerhin X**. oder Y**. sich nennen.

2) Beweise zwar der Kläger jenen Besitz, sey es durch des Beklagten Geständniß oder auf andere Weise, der letzte vernichtete jedoch die Rechtsvermuthung auf dem Weg eines directen oder indirecten Gegenbeweises §. 3. S. 434., so läuft das Processchiff des Beklagten in den nämlichen unter 1 gedachten ruhigen Hafen ein.

In beiden Fällen bedarf es gar keiner Prüfung und Entscheidung: „ob der Kläger sein Recht an dem Klagobject bewiesen habe oder nicht"; denn jener Streitpunkt über den Besitz des Beklagten behielte, mitten in den Verhandlungen nach der Eventual-Maxime, seine, nunmehr wirksam werdende, präjudicielle Natur [1]).

3) Beweise der Kläger des Beklagten Besitz unentkräftet, so ist ja, nach den Acten und nach dem formellen Recht des Processes, des Beklagten passive Legitimation zur Sache juristisch hergestellt und das Daseyn eines Dritten, vorher genannten oder ungenannten, angeblich wahren Besitzers ist für diesen Proceß eine juristische Unwahrheit. Somit ist auch gar kein Hinderniß vorhanden, über das Recht selbst an dem Klagobject richterlich zu erkennen.

Hat nun der Kläger

a) auch sein Recht an der Sache bewiesen, so wird der Beklagte in petitorio verurtheilt, mag nun der Beklagte dessen unentkräftet bewiesenen Besitz mala oder bona fide geläugnet gehabt haben, oder nicht; hat hingegen der Kläger

---

15) Martin, a. a. O. §. 36. ibi all. Note f. Dr. Breidenbach in der Abh. nr. XXI. in dies. Archiv B. 3. Hft. 3. S. 325 f. ibi leg.

16) Das wäre Gewalt und Justizverweigerung!

17) Abgesehen von der unter A. erwähnten Ausnahme kann nur der schleunige Beweis einer Einrede, deren Wahrheit den Richter verpflichtet, die Klage als angebrachter Maßen, oder als noch zur Zeit unstatthaft, oder als vom Gesetz nicht gegeben, oder als perimirt anzuerkennen, sey dieses Perimiren auf dem dem Weg des gerichtlichen Processes, oder außergerichtlich auf eine vom Gesetz gestattete Weise geschehen, den Beklagten von der Litiscontestation befreien, aber auch von aller Litiscontestation, selbst von der eventuellen. Das ist die Summe des Willens der teutschen Gesetzgebung in diesem Punkt. Archiv. B. 1. Abh. 32.

1) M. Handb. a. a. O. S. 158 f.

Digitized by Google

b) dieſes Recht am Klagobject nicht bewieſen, ſo wird der Beklagte petitoriſch von der gegen ihn angeſtellten Klage entbunden und losgezählt; er wäre denn eines boshaften Abläugnens des Beſitzes überführt worden, in welchem Fall er den Beſitz dem Kläger einräumen und nun dieſen petitoriſch belangen ſoll, will er den Beſitz wieder erhalten §. 2. S. 432 f. Nunmehr muß der vormalige Beklagte klagend ein dingliches Recht an der, jetzt von dem vormaligen Kläger beſeſſenen, Sache behaupten und beweiſen — partes petitoris suscipere. Ohne jene Chikane hätte er ſchon deshalb geſiegt, weil der Kläger das behauptete Recht am Klagobject nicht bewieſe [2] — er als Beklagter hatte gar nicht nöthig, vorzuſchützen und zu beweiſen, er habe ein dingliches Recht an der Sache, oder einen beſſern Beſitz [3]; jetzt aber, blos zur Strafe ſeiner Unredlichkeit, muß er mit einer ſolchen Behauptung hervortreten und ſie beweiſen, widrigenfalls der vormalige Kläger im Beſitz bleibt und uſucapiren kann.

4) Wäre es möglich, daß, des bewieſenen Beſitzes des Beklagten ungeachtet (nr. 3.), ein Dritter der wahre Beſitzer ſey, ſo iſt für dieſen durch die allgemeine Rechtsvorſchrift geſorgt: res inter alios acta vel judicata aliis non nocet [4], inſoweit er nicht im Gefolge eigener imputabler Negligenz ſeine Rechtverfolgung ſich ſelbſt erſchwert, oder gar die Wirkung der res judicata ſich zugezogen hat [5].

Man achte dieſe gerechte und weiſe Geſetzgebung der Römer — man überzeuge ſich, ſie iſt aus dem Leben gehoben und greift in das Leben wohlthätig zurück, nicht aber iſt ſie ein zufälliges kaltes Product der Proceßform! —

---

2) L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. L. 28. Cod. de rei vindicatione. 3. 32. L. 9. Cod. de exception. 8. 36.

3) L. 28. cit. L. 2. Cod. de probationibus. 4. 19. §. 4. Inst. de interdictis. 4. 15. L. 53. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

4) Tit. Cod. inter alios acta vel judicata rel. 7. 60. L. 1. seq. Cod. quibus res judicata non nocet. 7. 56. L. 10. Dig. de except. 44. 1. L. 1. seq. Dig. de except. rei jud. 44. 2. L. 2. Cod. de except. 8. 36.

5) L. 14. §. 1. Dig. de appellationib. et relat. 49. 1. L. 63. Dig. de re judicata. 42. 1.

Digitized by Google

XXVI.

Noch ein Beitrag zur Rechtfertigung des doktrinellen Lehrsatzes: auch nach dem canonischen Recht ist den aus Ehebruch erzeugten Kindern eine Klage auf von dem ehebrecherischen Vater zu reichende Alimente nicht gegeben, am wenigsten aber ist derselben Mutter dann zu einer solchen Klage befugt, wenn sie behauptet, „die in der Ehe mit ihrem legitimen Gatten gebohrnen Kinder seyen von einem Dritten durch Ehebruch erzeugt", und deshalb von diesem Alimente für ihre Kinder fordert. Mit Grundlage eines Rechtsfalls

Von Dr. Franz Kaucher zu Heidelberg.

§. 1.

Es verheurathete sich die R*. mit S*. im Jahr 1800, und jene gebahr bis zum Jahr 1803 zwei Kinder. Im Jahr 1803 miethete sich X*. bei diesen Eheleuten ein, und nun gebahr die R*. S*. bis 1806 noch zwei Kinder. S*. starb in diesem Jahr in äußerster Armuth und X*. blieb bei der Wittwe bis 1810. — Hierauf klagt Letztere gegen X*., auf Alimentation der beiden letzten Kinder, weil solche X*. mit ihr im Ehebruch erzeugt habe, und zwar gestützt auf das Cap. 5. X. de eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium. 4. 7. — Abgesehen davon, daß X*. die fleischliche Vermischung und die Vaterschaft verneinen kann, wird hier nur die Frage aufgeworfen: „ob die R*. S*. überhaupt auf Alimentation ihrer mit X*. angeblich im Ehebruch erzeugten Kinder gegen diesen zu klagen befugt, und ob nicht vielmehr die Klage schon als an sich unstatthaft zurückzuweisen sey, ohne alle Rücksicht auf Einlassung? *)"

§. 2.

I. Das Erzeugen eines Kindes durch Ehebruch als erwiesen voraussetzt, pflegt die Praxis (so sagt man) auf Alimentation gegen den Vater zu erkennen [1]), jedoch hauptsächlich aus dem Grunde, weil die Nov. 74. c. 6., und die Auth. ex complexu C. de incestuosis nuptiis. 5. 9. zu hart seyen, und die Billigkeit verlange, daß man auf die Kinder Rücksicht nehme. Eine sogenannte Praxis aber, versteht man unter dieser nicht ein gerichtlich constituirtes Gewohnheitsrecht [2]), ist kein Gesetz [3]), und die liebe Billigkeit kann nur dann als Entscheidungsgrund gelten, wenn kein Gesetz über den vorliegenden Fall vorhanden ist, oder wenn die bestehenden Gesetze nicht gradezu

*) d. h. so, daß selbst die eventuell oder gar rein geschehene Antwort auf die Klage als in den Acten nicht vorhanden anzusehen ist

1) S. z. B. Stryk usus mod Lib. 25. tit. 3. §. 6. Boehmer jus eccl. prot. T. 3. p. 133a. (Halae 1747) Linkii. coment in decret. Lib. 4. tit. 7. §. 4 Gambsjäger jus ecclesiast. §. 240 2) L. 38. D. de legibus. 1. 3. 3) L. 13. C. de sent. et interl. om. jud. 7. 45. L. 12. D. de off. praes. 1. 18.

Digitized by Google

entscheiden; und dabei muß sie mit dem Geist der Gesetze im Einklang stehen, darf also am wenigsten den klaren Worten eines ausdrücklichen Gesetzes entgegen sprechen [4]). Die angebliche Praxis ist also, läuft sie wider das Gesetz, selbst dann werthlos, wenn man auch sagen könnte: summum jus summa injuria [5]). Auch bestehen unter den älteren und neueren Juristen sehr verschiedene Meinungen über obige Rechtsfrage. Manche bejahen andere verneinen sie [6]), so daß es also mit der gerühmten Praxis sehr schwankend aussehen mag. Wir wollen uns also an den Buchstaben und Geist der positiven Gesetze halten.

§. 3.

Es entscheidet nun

A.) das römische Recht vollkommen für die Unpflicht des Vaters, indem es den ex coitu damnato erzeugten Kindern alles Recht, Alimentation zu fordern, ausdrücklich abspricht. Man lese nur in jedem Corpus jur. rom. nach: 1) Auth. ex complexu C. de incestis et in utilibus nuptiis. 5. 5. 2) Auth. licet patri C. de naturalibus liberis. 5. 27. 3) Nov. 74. C. 6. 4) Nov. 89. c. 15. Auf diese Gesetze [1]) berufen sich die nicht ganz harmonische Meinungen: a) die aus dem Ehebruch erzeugten Kinder könnten nach römischem Recht von ihren Aeltern keine Alimente verlangen, und mithin nicht einmal von der Mutter. — b) der Vater habe keine Pflicht, den im Ehebruch erzeugten Kindern Alimente zu reichen [2]).

Anders aber, sagt nun eine im §. 2. angeführte Meinung, habe

B.) das canonische Recht verfügt, da dieses in dem Cap. 5. X. de eo qui duxit in matr. 4. 7. den Aeltern zur Pflicht gemacht wissen wolle, „die im Ehebruch erzeugten Kinder zu ernähren", wodurch also die Bestimmung des Civilrechts aufgehoben werde. Allein auch darüber sind die Meinungen getheilt, indem Einige nur vom Vater, Andere aber von beiden Aeltern sprechen, und Andere gar keine Aenderung des Civilrechts in dem Cap. 5. X. all. finden. Dieses letzte nun dürfte die richtige Ansicht seyn. Es sind Worte dieses angezogenen canonischen Gesetzes in diesem Archiv B. 1. Abh. V. S. 88. bereits abgedruckt.

Hält man nun das Cap. 5. all. gegen die oben unter lit. A. angeführten Stellen des römischen Rechts, so ergiebt sich deutlich, daß das canon. Recht einen ganz andern Fall behandelt. Das römische Recht setzt wahre adulterinos voraus, welche zur Lebenszeit des unschuldigen legitimen Ehegatten gezeugt wurden, das canonische Gesetz aber ein ganz anderes Verhältniß, gar keine adulterinos. Es wurde hier dem Pabst folgendes Factum zur Entscheidung vorgetragen: J*., legitim verheirathet mit der A*., begieng mit der M*. Ehebruch. Die Sache kam vor den Richter, und hier machte sich J*. durch einen Eid

---

4) Mevius in decis. P. 1. dec. 208. nr. 10. P. 7. dec. 314. nr. 5. ibique leg. alleg. 5) Das Gemeinwohl erfordert oft Gesetze, deren Anwendung auf einzelne Fälle ungerecht und unbillig scheint; allein man denke daran, daß der salus publica manches Opfer gebracht werden muß, welches dem Einzeln wehe thut. Eine andere Frage ist freilich: ob salus publica erfordere, den aus Ehebruch erzeugten Kindern väterliche Alimente zu versagen? doch wir sprechen nicht de jure constituendo, sondern de jure constituto. 6) Vergl. z. B. Bartolus de alim. nr. 17. Gonzalez Tell. ad C. 5. de eo qui dux. in matr. Brunnemann ad auth. ex compl. C. de incest. nupt. et ad auth. licet C. de not. lib. Geil lib. 2. obs. 86. nr. 3. Carpzov. P. 3. c. 14. d. 11. nr. 1. Richter P. 2. dec. 88. nr 34. Zoesius ad tit. 10 de eo dux in ux. nr. 5. Thibaut Pand. Syst. §. 348. Gambsjäger J. E. §. 240 Dagegen Link Coment. in doctr. L. 4. tit. 7. §. 4. Meier in C. J. lib. 25. tit. 3. Th. 8. Ungepauer ad decr. h. t. nr. 5. Richter de auth. et compl. C. de incest. nupt. nr. 21. Strauch diss. ad Jus Justin. 12. apkor. 21. fin. — 1) Wegen des geschichtlichen Zusammenhangs vergl. m. dies. Archiv B 1. S. 84. f 2) Vergl z. B. Gambsjäger, J. H. Böhmer, Brunnemann, Stryk, Thibaut, a. a. O. Dies. Archiv B. 1. Abh. V. S. 83. folg.

Digitized by Google

verbindlich, inskünftige der M*. sich zu enthalten. Er brach aber seinen Schwur, und lebte mit der M*. lange wie in einem ehelichen Verhältnisse. Alles dieses geschah, während die A*. noch lebte. Jetzt starb Letztere. J*. lebt nun mit M*. noch zehen Jahre in dem vorigen Verhältniß. Beide erzeugen zehen Kinder mit einander. Der Pabst entscheidet nun: „daß das gleichsam eheliche Beisammenleben des J*. und der M*. zu trennen sey, sie aber gehalten seyn sollten, die zehn Kinder zu ernähren".

So faßt J. H. Böhmer selbst das factum auf, und dies wird hier beibehalten, um den Vorwurf abzuwenden, das factum nach der Meinung geformt zu haben, welche dieses Orts vertheidiget wird; ein Vorwurf, der der Glosse, mit welcher unsere Gegner selbst im Widerspruch stehen, gemacht werden muß. Es schweigt nämlich diese gänzlich von dem erfolgten Tod der legitimen Gattin A*., und stellt fälschlich den Satz auf: tantem juramento contemto, vivente uxore sua, matrimonium cum alia contraxerit, diutius cohabitando eidem, de qua decem filios suscepit. Diese falsche Darstellung macht die Glosse, insoweit sie das factum geben will, selbst untauglich. Solches fühlte wohl Böhmer, gab daher das factum richtig, und ihm tritt Stryk bei. Die Glosse steht uns also nicht im Wege, und man kann sich sofort zur Prüfung der Gründe wenden, welche die Gegner für ihre Meinung anführen. Diese sind:

1) aus dem Text des cap. 5. X. cit. sey nicht ersichtlich, daß nur von solchen Kindern geredet werde, welche nach dem Tode der rechten Ehefrau A*. erst gebohren worden —

2) es sey, da nach jenem Gesetz der J*. schon während der Lebzeit seines Weibes der M*. beigewohnt habe, vielmehr zu vermuthen, daß von den zehn dort angegebenen Kindern einige schon vor dem Ableben der A*. gebohren worden seyen —

3) es sey nicht zu vermuthen, daß J*. in zehn Jahren auch zehn Kinder mit der M*. habe erzeugen können.

Allein diese Gründe sind wohl ohne rechtlichen Gehalt. Denn:

ad 1) ist aus der Gesetzstelle noch weniger ersichtlich, daß von jenen zehn Kinder mehr oder weniger zur Lebzeit der rechten Ehefrau schon geboren gewesen wären; ja im Gegentheile spricht das Gesetz a) erst von dem Tod der Frau, b) dann von dem zehnjährigen Beisammenleben des J*. mit der M*., und c) hierauf von dem Erzeugen der zehn Kinder. Da aber das Gesetz, indem solches das factum erzählt, die Zeitfolge genau beachtet, so würde es, wären Kinder im Ehebruch während des Lebens der A*. erzeugt worden, und unter jenen zehn begriffen gewesen, dieses gewiß auch miterwähnt haben.

Sodann behelfen sich die Gegner

ad 2) mit einer Vermuthung, welche weder praesumtio juris noch facti genannt werden kann; mit einer Vermuthung, welche aus der Erfahrung genommen seyn soll, die aber aus eben dieser Erfahrung widerlegt werden könnte, indem solche uns auch viele Beispiele giebt, daß auf fleischliche Vermischungen nicht nothwendig Kinder erfolgen, und daß nicht selten sogar Eheleute längere Zeit zusammen leben, ehe das Kinderzeugen seinen Anfang nimmt.

Endlich kann

ad 3) auch dieser Einwand durch Erfahrung widerlegt werden, indem eine ähnliche Fruchtbarkeit zweier Concumbenten nicht unerhört, und nicht einmal selten genannt werden darf.

§. 4.

Dagegen sprechen für die Meinung, daß das Gesetz nur solche Kinder im Blick habe, welche nach dem Tod der A*. gebohren worden, folgende Gründe:

Digitized by Google

1) Die rationes decidendi des Pabstes sind: a) weil J*. und M*. keine jungen Leute mehr seyen; b) weil sie öffentlich und wissentlich mit einander im Ehebruch gelebt hätten; c) weil der geleistete Eidschwur wissentlich von dem J*. gebrochen wurde; d) weil dieses skandalöse Leben der Moralität zuwider sey; e) weil J*. und M*. zehn Jahre lang zusammengelebt, und zehn Kinder erzeugt hätten.

Diese Entscheidungsgründe werden auch noch besonders theils im Text theils in den Glossen erläutert; nämlich ad a) bemerkt die Glosse, daß im Falle es junge Leute gewesen wären, welchen man die Nichtenthaltsamkeit verzeihen könne, die Heirathserlaubniß vielleicht ertheilt worden sey; allein unter der Concurrenz der andern Nebenumstände habe auch des J*. und der M*. schon eingetretenes, der Bedächtlichkeit fähiges, Alter berücksichtigt werden müssen; sodann sagt ad b) der Text: Pabst Leo habe das Verboth gegeben, keiner dörfe diejenige ehelichen, mit welcher er die Ehe gebrochen, und ad c) wird zur Bestätigung dieses Grundes die Verordnung des Pabst Gregor und die Verfügung des Consiliums zu Tribur angeführt, hierneben ad d) nichts bemerkt, da solches schon in der Natur der Sache liegt, ad e) aber im Text gedacht, daß die lange Zeit des Beisamm nlebens (die zehn Jahre) die Sünde nicht mindere, und daß die während dieser Zeit (ita decennio) in Menge erzeugten Kinder (als Beweis einer häufigen Wiederholung der Sünde) das Verbrechen vergrößerten.

Des Pabstes Sinn war also: wären J*. und M*. junge Leute, welchen man das Nichtbeherrschen des Naturtriebs eher verzeihet, läge kein Meineid des J*. vor, wäre es nur Ehebruch, hätten sie nicht in der gedoppelten Sünde zehn Jahre nacher zusammengelebt, und noch dabei so eifrig der bösen Lust gefröhnt, daß in dieser Zeit noch zehn Kinder gebohren worden, so würde er vielleicht die Ehe gestattet haben, wie solches das folgende Capitel ausdrücklich sagt, vorzüglich da keine Lebensnachstellungen gegen die erste Frau vorhanden waren. Der im Cap. 5. all. angeführte Umstand, „daß zehn Kinder erzeugt worden", soll also nur als Verstärkungmittel des Vergehens angesehen werden, und die erkannte Strafe noch mehr rechtfertigen, indem durch die zehn Kinder während zehn Jahren der Beweis geliefert wird, daß sie dem verbothenen Fleischesgenuß unnachläßig obgelegen hätten. Es ist hier die Summe auf das höchste gesetzt, um das Vergehen des J*. mit der M*. möglichst scharf herauszuheben. Auch wollte man bei der Aufstellung des Falls fragen: „ob nicht die während der Zeit des Beisammenwohnens in Menge erzeugten Kinder eine Nachsicht gewähren könnten?" allein der Pabst erklärte: „grade der Umstand, daß während den zehn Jahren auch zehn Kinder gebohren worden, (multiplicitas prolis,) vergrößere das Verbrechen.

2) Den Schluß, welchen deshalb die Glosse, (ungeachtet der ganz verkehrten Ansicht in Aufstellung des casus) dahin macht „item filii nati ex illegitimo matrimonio vel coitu alendi sunt a parentibus", ist auch gültig für die Meinung, daß die in unserm Cap. 5. cit. gedachten zehn Kinder nicht als im Ehebruch erzeugt angesehen wurden, sondern nur als aus einer ungültigen Ehe, illegitimo matrimonio, durch unehelichen Beischlaf, illegitimo coitu, erzeugt. Sie waren also den naturalibus oder Concubinenkinder gleich, und als solche hatten sie ja vollkommenen Rechtsanspruch auf Ernährung.

3) Sieht man hier auf die Worte der Stelle selbst, so stehet immer der Umstand, „daß zehn Kinder gebohren worden", sogleich und nur hinter dem factum, „daß sie seit zehn Jahren miteinander gelebt hätten; und so finden sich diese Sätze zweimal in dem Cap. 5. X. all. wiederholt, und jedesmal in demselben tempus und Zusammenhang. Nachdem auch das factum der Ehe und des Gelübdebruchs

vollständig aufgestellt ist, ohne der Kinder zu erwähnen, sagt das Gesetz: endlich (demum) nachdem die A*. gestorben, lebte J*. mit der M*. zehn Jahre lang und zeugte zehn Kinder. Dieser Satz ist gänzlich von der vorhergehenden Erzählung getrennt; es ist ein ganz anderes Zeitverhältniß, wovon das Gesetz spricht, es ist eine ganz andere Handlung. Die vorhergehende war beseitigt, und nun traten die zwei neuen Umstände ein, daß J*. zehn Jahre mit der M*. lebte, und zehn Kinder mit ihr zeugte. Eine gleiche resp. Trennung und Verbindung des Geschichtlichen finden wir dann in den Entscheidungsgründen des Pabstes; denn nachdem solcher den Meineid, den Ehebruch, das Alter und das Scandalum angeführt hatte, sagt er: „nec aliquod eisdem J*. et M*. adminiculum afferunt, quod decennio cohabitaverunt ad invicem ac decem filios susceperunt". Dabei sind diese beiden letzten Sätze durch das quod in einen Satz gebracht, durch das ac aber als zusammengehörend verbunden, stehen also in der engsten Berührung, so daß das Gebähren der zehn Kinder als Folge des zehnjährigen Beisammenlebens sich darstellt.

4) Ein anderes Gesetz, Cap. 13. X. qui filii sint legitimi. 4. 17., befestiget obige Auslegung des Cap. 5. X. 4. 7. Von jenem Gesetz spricht Böhmer selbst: gravius dubium movet Innocentius III. in Cap. 13. X. qui filii sint legitimi, quo jus civile approbare videtur. Jene Stelle des Cap. 13. alleg. lautet: „quia tamen tam lex mosaica quam canonica sobolem susceptam ex adulterio detestatur, testante domino quod manzeres et spurii usque in decimam generationem in ecclesiam non intrabunt, canone vero votante tales ad sacras ordines promoveri, secularibus quoque legibus non repellentibus eos a successione paterna, sed negantibus ipsis etiam alimenta, petitioni tuae non duximus annuendum". Dieses Gesetz spricht also ausdrücklich und allein von adulterinis, und bestätigt klar das Jus civile — non aprobare videtur. Denn der Pabst entscheidet den vorgetragenen Fall rein und vollkommen aus dem Civilrecht, mit wörtlicher Beziehung auf solches, indem er sagt: petitioni tuae non duximus annuendum, „weil das Civilrecht die im Ehebruch erzeugten Kinder von dem väterlichen Erbe ausschließt, ja ihnen die Alimente verweigert". Wie hätte der Pabst diesen Entscheidungsgrund aus dem Civilrecht hernehmen und auf diese bündige Weise dessen Vorschrift als bestehendes Gesetz anerkennen können, hätte solches in dem schon vorhandenen Cap. 5. X. 4. 7. aufgehoben werden sollen?!

5) Die Glosse will zwar hierin einen Widerspruch mit dem Cap. 5. all. finden, allein da sie sich selbst widerspricht, so verdient sie insofern keine Betrachtung. Auch fällt aller Widerspruch hinweg, wenn man bedenkt, daß Cap. 13. X. 4. 17. von adulterinis spricht, das C. 5. X. 4. 7. aber nur von naturalibus, welches auch die Glosse (S. nr. 2.) selbst eingesteht. Diese, von ihrer vorgefaßten Meinung verblendet, vergaß die leichte Vereinigung beider Gesetze, welche doch sogleich vorliegt, ergreift man die hier vertheidigte Auslegung des Cap. 5. X. alleg. Wollte man aber dieser nicht beipflichten, so läßt sich

6) auch noch die Rechtsregel hierher ziehen: lex posterior derogat priori. Das Cap. 13. X. qui filii sint leg. ist von Innocenz III., welcher im Jahre Christi 1198 Papst wurde, dagegen das C. 5. X. de eo qui duxit rel. vom Pabst Clemens, welcher im Jahre 1187 auf dem päbstlichen Stuhle saß. Sonach ist jene erste Stelle neuer. Wir bedürfen aber nicht einmal dieses Grundes, da sich die beiden Stellen vollkommen vereinigen lassen, und beide mit gleicher Kraft und

Digitized by Google

Wirkung in unserem C. J. C. sich befinden. Bestärkt wird man in dieser Ansicht

7) durch den allgemeinen Hinblick auf die Grundsätze der Gesetzgebungen von den Folgen des Ehebruchs überhaupt, und insonderheit auf den deßhalbigen Geist des römischen und canonischen Rechts. Das mosaische und ältere römische Recht bestimmte die Todesstrafe für die Ehebrecher [1]). Justinian drohte dem Ehebrecher die Strafe des Schwerds, die Ehebrecherin, (wobei man besonders die Einwirkung der Theodora erkennen will) soll mit Ruthen gezüchtigt, und dann in ein Kloster verstoßen werden, aus welchem sie der Ehemann innerhalb zwei Jahren zurückfordern könne [2]). Das canonische Recht aber straft den Ehebrecher und die Ehebrecherin gleich [3]), zum Beweis, daß der Ehebruch in diesem noch in gehäßigerm Lichte betrachtet wurde. Die Carolina bestätigt das römische Recht [4]). Nach diesem ist Ehebruch Ehescheidungsgrund, und der Mann kann die Ehe wegen Ehebruch aufheben [5]). Auch die Frau kann solches verlangen, wenn der Ehemann seinen ehebrecherischen Umgang nicht aufgiebt [6]). Das canonische Recht, nach seinem Princip über die Unauflöslichkeit der Ehe quoad vinculum, erkennt die separatio perpetua auf den Ehebruch [7]). Das römische und canonische Recht verbiethen die Ehe des Ehebrechers mit der Ehebrecherin [8]). Abgesehen von den gewöhnlichen Strafen des schuldigen Ehegatten [9]), welche römisches und canonisches Recht gleich bestimmen [10]), verliert noch die Frau als Ehebrecherin ihr ganzes sonstiges Vermögen, und zwar a) zum Vortheil der Kinder, welche $\frac{2}{3}$ erhalten, und b) der Ascendenten, welchen $\frac{1}{3}$ zufällt. Der Mann verliert als Ehebrecher ebenfalls sein Vermögen, und zwar zum Vortheil der Descendenten und Ascendenten der ersten drei Grade, dann folgt der Fiscus [11]). Das Cap. 4. X. de donat. inter virum et uxorem (4. 20.) bestimmt noch vorzüglich den Verlust des Heirathsguts und der Widerlage.

Ein Blick in diese Gesetze belehrt uns also, wie gehäßig das Laster des Ehebruchs der römischen und päbstlichen Gesetzgebung war, und als welches hohe Verbrechen sie es ansehen. Mit den härtesten Ausdrücken wird solches belegt, die Gesetzgeber schaudern gleichsam vor dem Verbrechen, ihre Sprache erschöpft sich in Worten, welche die Verachtung gegen die Ehebrecher beurkunden. So stimmen beide Rechte vollkommen mit einander überein, sie haben, insoweit es thunlich, gleiche Folgen, ja das canonische Recht ist noch strenger. Warum sollten also die §. 3 lit. A. angezogenen Civilgesetze nicht ebenfalls im canonischen Recht gebilligt worden seyn, während doch das Laster beiden Gesetzgebungen gleich gehäßig ist, beide solches mit den grellsten Farben schildern, und es noch besonders verpönen? — Ausdrücklich spricht Cap. 13. X. qui fil. sint leg. lex canonica sobolem susceptam ex adulterio detestatur, und aus allem diesem erklärt sich nun auch die Härte des Gesetzes gegen an sich unschuldige Kinder. Diese sollen gleichsam zur öffentlichen Abschreckung dienen, auch das Product des Verbrechens soll verachtet und geächtet seyn.

---

1) Lib. Lev. XX. 10. Deutronom. XXII. 22. L. 30, §. 1. C. ad Leg. jul. de adult. 9. 9. §. 4 J. de publ. jud. 4 18. 2) Nov. 134. C. 1. Auth sed hodie C. ad leg. jul. de adult. 9. 9. 3. C. 23. C. 32. qu. 6. 4) C. C. C, art. 120. 5) Nov. 117. cap. 8. 6) Nov. 117. cap. 9. 7 Conc. trid. sess. 24. de reform. mat. c. 8. cap. 2. X. de divort. 4. 19. Cap. 2. 6. de praesc. 2. 26. 8) L. 13. de h. q. ut indig. auf. 34. 9. L. 27. C. ad leg. jul. de adulteriis. 9 9 cap. 5. X. 4. 8. C. 1, C. 31. qu. 1. 9) Thibaut Pand. §. 469. 10) L. 8. §. 4. 7. L. 11. C. de repudiis. (5. 17.) C. 4. X. de donat. inter V. et U. 4. 20. 11) Thibaut l. c.

Digitized by Google

§. 5.

Wenn man nun aus dem vorigen das Resultat ziehen kann, daß Cap. 5. X. all. giebt den aus Ehebruch erzeugten Kindern keine Alimentenklage gegen ihren ehebrecherischen Erzeuger, so läßt sich aber deshalb doch nicht behaupten: auch der Mutter Verbindlichkeit, jenen Kindern das Leben zu erhalten, sey in den Gesetzen aufgehoben. Es sagt a) die Auth. ex complexu ausdrücklich: omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre. Auch redet b) die auth. licet patri allein vom Vater, von dessen Beerbung und Verfügungsgewalt in Testamenten, und von den Rechten der natürlichen Kinder in Rücksicht zu demselben, worauf es endlich den adulterinis diese Wohlthat abspricht. Ferner benennt c) die Nov. 74. Cap. ult. ebenfalls nur den Vater in den Worten „sed sit supplicium etiam hoc patrum, ut agnoscant etc. etc.“, und so erklärt sich d) das Cap. 13. X. qui filii sint legitimi dahin: non solum repellentibus eos a successione paterna, sed negantibus ipsis etiam alimenta“ (i. e. a patre.) Nur allein die Nov. 89. Cap. 15. spricht von parentibus; allein da mit dem Wort parens nach L. 51. de V. S. 50. 16. auch avus, proavus, et omnes superiores, bezeichnet sind, so können auch alle männliche Ascendenten damit bezeichnet seyn; und dieses muß man um so mehr annehmen, weil es der Redseligkeit in den Novellen gar nicht angemessen ist, mit einem einzigen mehrdeutigen Wort frühere Gesetze und natürliche Zwangspflichten aufzuheben.

Uebrigens liegt hier ein Beitrag zur Vereinigung des Cap. 5. X. 4. 7. mit Cap. 13. X. 4. 17., indem das erste von beiden Aeltern spricht: „ut uterque liberis suis necessaria subministret“, dagegen aber das Cap. 13. X. cit. nur vom Vater redet, so daß hieraus ein neuer Beweis für den Satz erhellet: beide Stellen haben verschiedene Fälle zum Gegenstand, und in dem C. 5. X. cit. wurden die zehn Kinder nicht als adulterini betrachtet.

§. 6.

Blicken wir nun auf unsern §. 1. erzählten Fall zurück, so liegt er ganz außer dem Gebiet der des Cap. 5. X. 4. 7. Denn in diesem ist der Ehemann der Ehebrecher, in unserm Rechtsfall aber bekennt sich das Eheweib zu dem Verbrechen des Ehebruchs, und verlangt Alimente für solche Kinder, welche sie bei Lebzeiten ihres, mit ihr zusammenlebenden, legitimen Ehegatten S*. ehebrecherisch mit dem X*. erzeugt habe. Vorausgesetzt nun, es wäre erweislich, daß X*. in den Jahren 1803. 4. 5. und 6. mit der Ehefrau R*. S*. sich fleischlich vermischte, und daß in jenem Zeitraum die R*. S*. zwei Kinder gebahr, würde dieses für solche eine Alimentenklage gegen den X*. begründen?

Es bleibe dabei außer Betracht, daß die Gesetzgebung einen solchen Fall, wo das Eheweib durch ihr Verbrechen gleichsam die ganze Familie ihres Ehemannes betrügt, fremde Kinder unterschiebt, welche das Erbrecht der legitimen Kinder u. s. w. beeinträchtigen, noch gehässiger ansehen muß; auch mag hier diejenige incertitudo patris zur Seite gestellt werden, welche man dann anzunehmen pflegt, wenn eine außerehelich geschwängerte Weibsperson überführt wird, zu einer solchen Zeit mit mehreren Mannspersonen sich fleischlich vermischt zu haben, nach welcher und der Geburtszeit Berechnung jeder der Stupratoren der Erzeuger seyn kann. Denn, „ob hierunter die Anwendung des römischen Princips: pater est incertus, den unehelichen Kindern die Alimentenklage abschneide“, ist ebenfalls eine sehr verschieden beantwortete Streitfrage [1]), welche diesen Orts auf sich beruhen mag, da

II. ein bestimmtes römisches Gesetz der Mutter im obigen Rechts-

fall entgegen tritt. Es spricht Papinian in L. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. coercendis: „non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse“. Daraus ergiebt sich wenigstens, daß die Rechtsvermuthung: pater est, quem justae nuptiae demonstrant, auch in solchen Fällen stehen bleiben muß, bis specielle behauptet und bewiesen wird: es sey physisch unmöglich, daß der Ehemann das während der Ehe von seiner Ehefrau gebohrne Kind erzeugt haben könne [2]). Man wende nicht ein, die Alimentenklage gereiche ja den hülflosen Kindern zum Vortheil, und das Gesetz wolle nur einen Nachtheil von ihnen abwenden. Der Vortheil der legitimen Geburt ist unendlich höher, als das beneficium flebile, in der Lage eines detestatus ernährt zu werden. Dadurch verlöhre das in der Ehe gebohrne Kind seine Familienrechte, seine öffentliche Ehre, und wohl sein ganzes Lebensglück. Es kann mithin der Mutter hierunter um so weniger geglaubt werden, weil sie propriam turpitudinem bekennt, und ihren eigenen Kindern auf eine schändliche Weise eines der höchsten Güter im Staate rauben will [3]). Und noch weniger verdient ihre Behauptung eine Berücksichtigung, wenn, wie in vorliegendem Fall, der Ehegatte keinen Zweifel an der legitimen Abkunft der aus der Ehe gebohrnen Kinder aufregte, wenn er diese als seine Kinder taufen ließe, und als seine Kinder sie hinterlassen hat.

§. 7.

Gehet man nun auf den §. 1. a. E. aufgeworfene Frage zurück, so folgt aus den Gründen unter I. sowohl (§. 3 bis 5.), als aus denen unter II. (§. 6.), daß X. gar nicht pflichtig seyn kann, auf eine actio non fundata, auf eine vom Gesetz gemißbilligte, und gleichsam verabscheute Klage sich einzulassen, und daß es contra jus in thesi anlaufen würde, auch nur einen Beweis der Klage zuzulassen, sondern daß diese a limine judicii zurückzuwerfen ist, nicht blos als angebrachter Maßen, sondern als an sich und gänzlich unstatthaft — als actio reprobata.

---

1) Schmidt, Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 338. ibi alleg. not. **. Thibaut a. a. O. §. 348. 2) Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld §. 149. ibi L. L. et loci alleg. 3) Ja wenn ein Kind selbst so schamlos wäre, unter obigen Umständen einen Dritten als ehebrecherischen Vater auf Alimente in Anspruch zu nehmen, oder wenn ein Vormund so etwas unterstützen, müßte die Klage sofort zurückgewiesen werden, weil es außer dem Gebiet freier Disposition liegt, sich selbst ehrlos zu machen, und den Vater zu schänden, in dessen legitimer Ehe man gebohren wurde.

Druckfehler.

S. 369. Z. 1. l. Errichtung st. Berichtigung.

Digitized by Google

Register
über
den Inhalt der drei Hefte des dritten Bandes.

Ueber die heutige Anwendung der römischen Contracts-lehre. Von dem Staatsrath von Batz zu Tübingen. Heft I. nr. I. S. 1 — 30

Beiträge zur Lehre von der Adcitation. Von Mittermaier. Heft I. nr. II. S. 31 — 46

Versuchte Erklärung der L. 13. §. 11. et 14. Dig. locati conducti. Von dem Präsidenten des Tribunals zu Coblenz, v. Herrestorff. Heft I. nr. III. S. 47 — 54

Die Partei, auf deren, in dem gerichtlichen Gewahrsam befindlichen, Schrift das Präsentatum mangelt, ist, der Regel nach, zu einem weitern Beweis der zeitigen Ueberreichung nicht anzustrengen. Von Gensler. Heft I. nr. IV. S. 54 — 59

Beiträge zum Wasserrecht. Enthaltend Resultate fortgesetzter Forschungen des Verfassers in der Lehre vom Eigenthum. Von Dr. Gesterding, ... der Rechte zu Greifswalde. Heft I. nr. V. S. 60 — 77

Ueber die Elemente des Concurs-Processes und die Eröffnung desselben von Amtswegen. Vom Regierungsrathe Lotz, zu Coburg. Heft I. nr. VI. S. 77 — 93

Ueber die in den Willen eines Dritten gestellten Legate. Ein Beitrag zur Erklärung der L. 1. pr. de leg. II. Von Dr. L. J. Neustetel, Hofgerichtsprocuratur zu Hanau. Heft I. nr. VII. S. 94 — 100

Von dem Irrthume der Advocaten in Beziehung auf zugestandene factische Umstände, und der Verbesse-

Digitized by Google

rung solcher Unrichtigkeiten. Vom Regierungsrathe Lotz, zu Coburg. Heft I. nr. VIII. S. 101 — 121

Inwiefern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt. Von D. S. Zimmern, in Heidelberg. Heft I. nr. IX. S. 121 — 131

Einige Bemerkungen über das eigenhändige Registriren oder Protocollführen der Richter, und über das Amt eines Actuars. Von dem Rath und Amtmann Oberländer, zu Königsberg in Franken. Heft I. nr. X. S. 131 — 139

Auch das Anwachsungsrecht geht auf den Käufer einer Erbschaft über. Von dem Obertribunalrath Klüpfel, zu Stuttgart. Heft I. nr. XI. S. 140 — 144

Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze, mit besonderer Rücksicht auf einige von Weber deshalb aufgestellte Grundsätze. Von dem Königl. Württemb. Obertribunals-Präsidenten D. Georgi, zu Stuttgart. Heft II. nr. XII. S. 145 — 194

Ueber die Compensation einer Forderung auf Rechnungsablage mit einer Geldforderung. Von dem Professor der Rechte D. Seuffert zu Würzburg. Heft II. nr. XIII. S. 195 — 198

Nähere Entwickelung der als Rechtsprincip aufgestellten Behauptung: einer Geldforderung könne auch eine solche Geldforderung zur Compensation gegenüber gestellt werden, deren Quantum erst in dem Resultat einer schuldigen Rechnung sich finden lasse. Von Gensler. Heft II. nr. XIV. S. 199 — 206

An welcher Stelle in dem Gange des ordentlichen Processes kann und muß jene Einrede vorgeschützt werden? Von demselben. Heft II. nr. XIV. S. 209 — 210

Beitrag zu der Lehre von der Streitgenossenschaft, deren Socialverhältniß, und daher einer möglichen verschiedenen Richtung im Beweisverfahren, so wie in dem Resultat des gemeinschaftlichen Rechtsstreits. Von dem Professor D. Seuffert, zu Würzburg. Heft II. nr. XV. S. 211 — 217

Beitrag zu der Lehre von dem Grundsatz: paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere non potest. Von demselben. Heft II. nr. XV. S. 219 — 222

Digitized by Google

Ueber die neueſten Fortſchritte der Civilproceß-Geſetzgebung in Teutſchland. Beſonders über die deshalbige Thätigkeit 1) im Königreich Baiern, 2) im Königreich Würtemberg, 3) in dem Großherzogthum Heſſen, 4) in der Republick Bern, betref. die adminiſtrativ-ſtreitigen Rechtsſachen. Von Mittermaier. Heft II. nr. XVI. S. 222 — 246

Der Entwurf einer neuen Hypothekenordnung für das Königreich Baiern. — Im Auszuge und mit Bemerkungen von demſelben. Heft II. nr. XVII. S. 247 — 258

Beiſteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht. Von dem Profeſſor der Rechte D. Geſterding, zu Greifswalde. Heft II. nr. XVIII. S. 259 — 288

Der neue Entwurf eines Geſetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtsſachen, Bern 1819, mit Bemerkungen von Mittermaier. Heft III. nr. XIX. S. 289 — 314

Ueber die Anwendung der L. 7. Dig. de serv. praed. rusticorum. Von dem D. Sommer, zu Kirchhundern. Heft III. nr. XX. S. 314 — 324

Bemerkungen über den Werth, die Natur und Gränze, des ſogen. Provocations-Proceſſes u. ſ. w., inſonderheit über deſſen Ausdehnung und Einſchränkung. Gegen Gönner. Von dem D. M. W. Breidenbach, zu Darmſtadt. Heft III. nr. XXI. S. 325 — 345

Das Teſtament einer taubgebornen und ſprachloſen Perſon. Von Gensler. Heft III. nr. XXII. S. 345 — 374

Einige Worte über die Trennung der Gerichte in Civil- und Adminiſtrativ-Gerichte. Von dem D. Nibler, zu Straubing. Heft III. nr. XXIII. S. 374 — 398

Beiträge zur Lehre von der Benennung des Auctors. Von Mittermaier. Heft III. nr. XXIV. S. 399 — 421

Einige Worte über die laudatio sive nominatio auctoris, und das durch dieſe veranlaßte teutſch-proceßliche Verfahren. Von Gensler. Heft III. nr. XXV. S. 421 — 440

Digitized by Google

Die poena infitiationis in dem Gebiet der laudatio sive nominatio auctoris. Von demſelben. Heft III. nr. XXV. S. 428 — 434

Es giebt Antworten im Proceß, welche zugleich die Natur einer vereinenden Einlaſſung und dennoch auch die Grundlage und Folgen einer Einrede haben. Von ebendemſelben. Heft III. nr. XXV. S. 421 — 434 f.

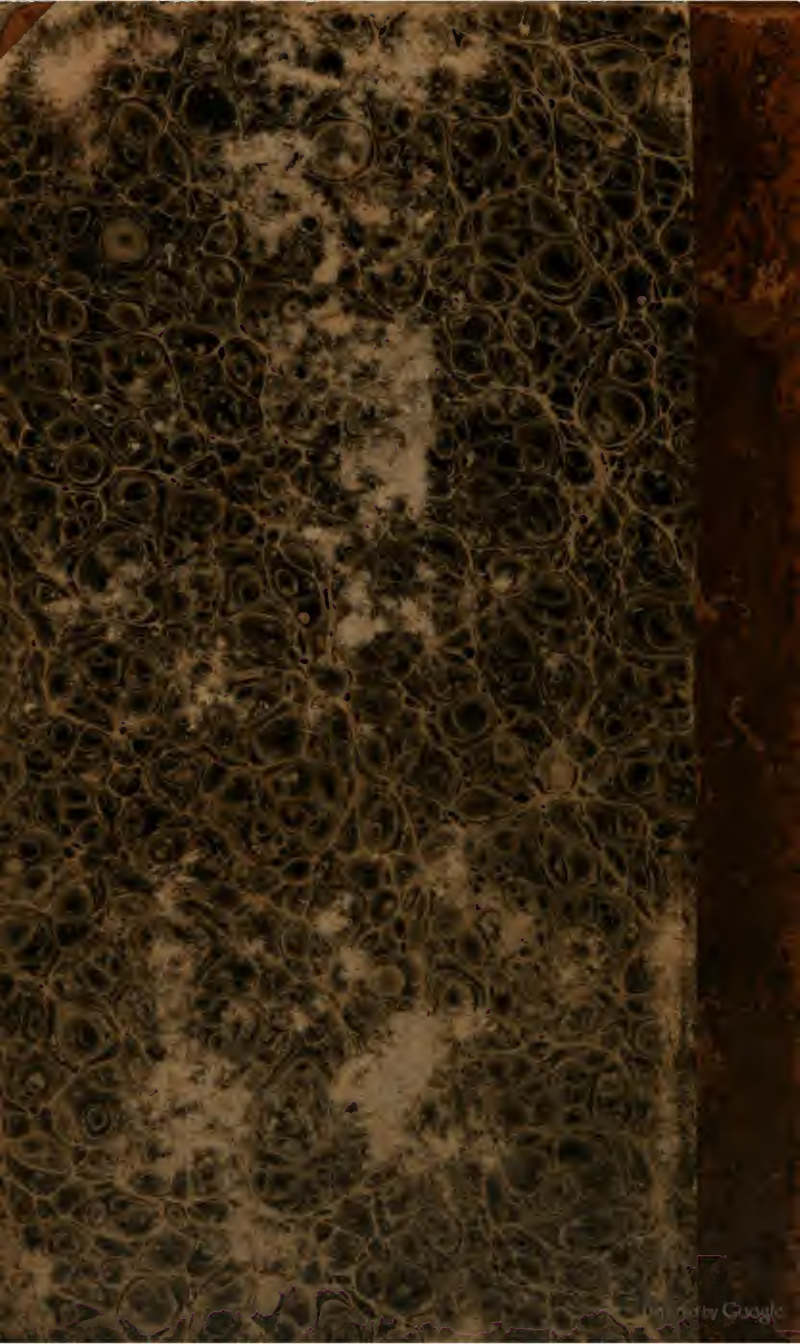
Von der Alimentation im Ehebruch erzeugter Kinder, inſonderheit: ob die ehebrecheriſche Mutter deshalb zu einer Klage gegen den Ehebrecher befugt ſey? Von D. Franz Kaucher, zu Heidelberg. Heft III. nr. XXVI. S. 441 — 448

Heidelberg,
Engelmann'ſche Buchdruckerei.

Digitized by Google

Digitized by Google

Daniel Knode.


Digitized by Google